

II

Mahkeme İctihatları

- A) Uyuşmazlık mahkemesi kararları; B) İdare mahkemesi kararları
C) Adalet mahkemesi kararları.

C) ADALET MAHKEMESİ KARARLARI:

Fikri içtima sebebiyle suçların birleştirilmesi

T. C.

YARGITAY CEZA GENELKURULU

Esas : 53/6

Karar : 1

Tebliğname: 7-1144

13680 numaralı Askerî Posta Komutanlığında Tüfekçi ve Ayniyat muhasibi bulunduğu sırada muhafazasına tevdi olunan ve beherinin kıymeti 336 lira 5 kuruştan ibaret bulunan 7x34 eb'adındaki 10 adet kamyon dış lastiğini kendisine mal edindikten sonra muhtelif tarihlerde 850 şer liradan sattırarak haksız menfaat temin ettiği iddiasıyla sanık Sezai Toraman ve mezkûr lastikleri satmaktan sanık mezkûr komutanlıkta Çavuş Halim Biçer, bu lastiklerin satışına delâlet etmekten sanık Muharrem Akkaya ve İsmail Akarsu'nun yapılan yargılamaları sonunda: Adları geçen sanıklardan Sezai Toraman'ın bu lastikleri sattırmasından dolayı Askerî Mahkemede iki sene 4 ay hapis cezasına mahkûm edilerek hakkındaki hükmün Askerî Temyiz Mahkemesince tasdik edildiği anlaşılmasına ve kaziyet muhkeme teşkil eden mezkûr mahkûmiyet kararı ihtikâra mevzu teşkil eden lastiklerin Devlet aleyhine vukubulmuş bir hırsızlık suçunun mahsulü olduğunu tesbit etmekte olup bunun normal ticaret usullerile ve ticaret kasdıle elde edilen bir malın tâbi olduğu esaslar dairesinde mütalâasına kanunen imkân bulunamamasına ve Millî Korunma mevzuatı ihtikâr fiillerinde ticarî bir gaye ile alınıp satılan mallar üzerindeki kârların muhik olup olmadıkları maliyet fiatları üzerinde mevzuu veya müteamel kâr hadleri veya tesbit olunan âzamî satış fiatları esaslarına göre dâirel şumulüne alınmasına ve bu itibarla gayesi faydalanmaktan ibaret olan zîmmet ve ihtilâs veya hırsızlık suçlarından elde edilmiş olan malın satılmasında Millî Korunma Kanununun ihtikârı önlemeğe matuf hükümlerinin tatbiki vecihsiz kalmasına ve diğer sanık Halim Biçer çavuşun da bu esyayı satmasından dolayı Askerî Mahkemede bir sene iki ay ağır hapse mahkûm olduğu ve hükmün katiyet kesbettiği anlaşılması itibarile satış fiilinden teeziye edilen adı geçen hakkında aynı fiilden tekrar muhakeme yapılmasına ve karar verilmesine kanunî mesağ bulunmamasına ve diğer sanık Muharrem Akkaya ve İsmail Akarsu'nun da mezkûr askerî mahkemece beraatlerine karar verilmiş olmakla beraber lastiklerin maliyet fiatını bildiklerini kabule müsait hiç bir delil elde edilmemesine mebnî bunlardan Sezai Toraman, Muharrem Akkaya ve İsmail Akarsu'nun beraatlerine ve Halim Biçer hakkındaki âmme davasının da düşürülmesine dair hükmün o yer Millî Korunma Savcısının temyizi üzerine Yargıtay Hususi Dairesince incelenerek 13680 sayılı Askerî Posta Komutanlığında Ayniyat Muhasibi ve Tüfekçi

Sezal Toraman, mezkûr kıtaya ait miadı geçmiş esyayı kıta çavusu Halim Bicerle birlikte Çorludan İstanbulda Bakırköy Tugay parkına naklettikleri sırada miadı geçmiş olan suç mevzuu lâstikleri de nakletmek suretile kendisine mal ettikten sonra Halim Bicer, Muharrem Akkaya, İsmail Akarsu'nun tavassut ve delâletile muhtelif şahıslara hakiki fiatlarının fevkinde ihtikâr teşkil eden fiatlarla sattığı hüküm yerinde bu husustaki deliller gösterilmek suretile kabul edildiği halde zimmet suçuna esas teşkil eden fiille ihtikâra taallük eden fiil birbirinden müstakil olduğu gibi ayrı ayrı maksatlara müteveccih olmaları bakımından failin işlediği bir fiil ile kanunun muhtelif iki hükmünü ihlâl etmesi hall mevzuubahis olamayacağı, bundan başka münferit bir fiil dahi kasden muhtelif cürmi neticelere teveccih edildiği takdirde müteaddit suçların tekevvün edeceği sanığın vazife dolayısıyla muhafazasında bulunan esyayı ihtikâr teşkil edecek fazla bir fiatla satarken o şeyi temellük ederek zimmet suçunu işlediği gibi ihtikâr teşkil eden fahiş bir fiatla satmak suretile ihtikâr suçunu işlemiş olacağı ve bu iki muhtelif hükmü ihlâl etmek suretile ayrı ayrı menfaatler temin ettiği hareketi lâstikleri normal ve hakiki fiatlarla sattığı takdirde hakkında yalnız zimmet suçu mevzuubahis olmak icap ederse de satış fiatında ihtikâr teşkil eden fazialık dolayısıyla fiilin bu ikinci cürmi neticeye de teveccüh ettiği cürüm kasdındaki vahdet dolayısıyla fiillerin taaddüt etmesine rağmen müteselsil suçlarda olduğu gibi nasıl bir tek suç tekevvün edebiliyorsa fiillerdeki vahdete rağmen cürüm kastının taaddüt etmesi dolayısıyla ortaya muhtelif suçlar çıkabileceği, binaenaleyh Sezal Toraman'ın zimmet suçundan Askeri Mahkemede mahkûm edilmesi işlediği ihtikâr suçundan dolayı ayrıca mesuliyetine mâni olamayacağı ve diğer sanık Halim Bicer'in cürmi vaziyetinin de aynı esas dairesinde nazarı itibara alınması gerektiği, ihtikâr teşkil eden fiatla lâstiklerin satışına tavassut eden Muharrem Akkaya ve İsmail Akarsu'nun da ihtikâr suçundan mesuliyetlerinin tabii ve zaruri olduğu normal ve hakiki satış fiatları ihtikârı Tetkik Komisyonunca tesbit edildiği üzere 336 lira 5 kuruştan ibaret olan lâstiklerin karaborsada teessüs eden rayicine göre 850 şer liraya satan ve satılmasına tavassut eden sanıkların ihtikâr suçunu bilerek yaptıklarında tereddüt edilemeyeceği, karaborsada teşekkül eden fiatların muhik ve mesru olmadığının bu sahada faaliyette bulunan herkesin bilmesinin tabii bir keyfiyet olduğu ve fiatlara hiç bir zaman revaç verilemeyeceği gözetilmeksizin T. C. K. nunun 79 uncu maddesinin müstenit olduğu hukuki esaslara ve araştırmalardan alınan sonuçlara aykırı bazı mütalâalar serdile snıklar hakkında yazılı şekilde karar verilmesi yolsuz olduğundan bahisle bozulup iade kılınmakla eski hükümde ısrara mütedair İstanbul İkinci Toplu Millî Korunma Mahkemesinden bu kere verilen 3/4/946 tarihli hükmün dahi Temyizen tetkiki C. Savcılığı tarafından süresinde istida edilerek bu işe ait dosya Başsavcılığın yolsuz bulunan ısrar kararının bozulması isteğini bildiren 24/4/946 tarihli tebliğnamesile Birinci Başkanlık Dairesine gönderilmekle Ceza Genel Kurulunda okunup iş anlaşıldıktan sonra oluru düşünüldü:

Geçen yargılama sonucuna ve dosya arasındaki belgelere göre Temyiz ilâmında gösterilen bozma sebebi yerinde olup uymak gerekli iken bazı düşüncelerle aksi hükümde ısrar kararı verilmesi yolsuz ve kanuna aykırı görülmüş olmakla mezkûr ısrar kararının C. M. U. K. nun 326 ncı maddesi gerçince BOZULMASINA 6/1/947 tarihinde Oy çokluğu ile karar verildi.

Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 1947 yılında verdiği ilk kararı yukarıya aynen almış bulunuyoruz. Bu kararı tahlil edersek görürüz ki ortada bilhassa şu iki mesele vardır:

I) Zimmete geçirilmiş bir malın fazla fiatla satılmasında ihtikâr suçu var mıdır?

II) Zimmete geçirilmiş bir malın fazla fiatla satılmasında ihtikâr suçu varsa zimmet cürmünün cezasından başka ihtikârdan da ceza verilecek midir?

Şümul bakımından daha ehemmiyetli gördüğümüz ikinci mesele ve onun hal tarzı üzerinde uzun uzadıya durmadan önce birinci meseleye de kısaca temas etmek istiyoruz.

BİRİNCİ MESELE

ZİMMETE GEÇİRİLMİŞ BİR MALIN FAZLA FİATLA SATILMASINDA İHTİKÂR SUÇU VAR MIDIR?

Millî Korunma Kanununun 4945 sayılı kanunla değiştirilmesinden önce her türlü malların fazla fiatla satışı, muhik bir sebep olmamak şartıyla, ihtikâr suçunu teşkil ediyordu. Bugün ancak Hükûmetçe kâr haddi veya sabit satış fiatı tespit edilmiş malların fazla fiatla satılması ihtikâr suçunu meydana getirmektedir. Fakat ihtikâr suçlarının tatbik sahasının bu şekilde daraltılması meselemizin ehemmiyeti azaltmamaktadır. Filhalka çalınan veya zimmete geçirilen ve fazla fiatla satılan mal, bugün dahî ihtikâra mevzu olabilen bir mal olabilir. Yani Hükûmetçe kâr haddi veya sabit satış fiatı tesbit edilmiş bir malın zimmete geçirilerek veya herhangi bir suç ile ele geçirilerek ihtikâr teşkil edecek fiatla satılması mümkündür. Acaba suçtan elde edilen bu malların fazla fiatla satışında ihtikâr vardır denilebilir mi?

Hâdisede esas mahkemesi olan İstanbul İkinci Toplu Millî Korunma Mahkemesinin suale menfi cevap verdiğini karardan öğreniyoruz. Esas mahkemesine göre, ihtikâr suçu, ancak ticarî bir gaye ile alınıp satılan mallar hakkında bahis mevzuu olabilir. Ancak bu çeşit malların satışından elde edilen kârların muhik olup olmadığı araştırılabilir. Çalınmış veya zimmete geçirilmiş malın satılmasından elde edilen kâr hiç bir zaman muhik değildir ki böyle bir araştırma çalınmış bir malın satılmasından mümkün olabilsin. Zira böyle bir araştırma, böyle bir imkânın mevcudiyetinin peşinen kabul edilmesi demektir. Diğer taraftan, kâr hadleri veya âzamî satış fiatları maliyet fiatına göre hesaplanır. Halbuki çalınmış, zimmet veya ihtilâs neticesi ele geçirilmiş mallarda kanunen nazara alınabilecek bir maliyet fiatı bahis mevzuu olamaz.

Esas mahkemesinin bu tezi ilk nazarda çok caziptir. Fakat Millî Korunma Kanununun ihtikârı önlemeğe matuf hükümlerinin sevk sebepleri gözönünde tutulursa çalınmış malın yüksek fiatla satılmasının da ihtikâr

suçunu teşkil ettiğini kabul etmek icap eder. Nitekim Yargıtay Hususi Ceza Dairesi ve Ceza Genelkurulu çalınmış veya zimmete geçirilmiş malların ihtikâr suçuna mevzu olabileceğini kabul etmiştir. Fakat Yüksek Mahkememiz, bu noktai nazarının mucip sebeplerini göstermemiş bulunmaktadır.

Kanaatımızca, bir suç neticesi elde edilen malların fazla fiatla satışının ihtikâr sayılması şu sebeplere dayatılabilir:

a) Kanun koyucu, yüksek fiatla satışı menederken yalnız satıcıyı değil, fakat daha fazla alıcıyı düşünmüştür. Fazla fiatla satışları suç saymakla kanun koyucu alıcıyı korumak istemiştir. Bu koruma ise, onun ihtiyacı olan maddeyi fazla para vermeden tedarik edebilmesini sağlayan hükümler sevkedilmekle temin edilmiştir. Çalınmış olduğunu bilmediği müddetçe, Medenî Kanununun 902 nci maddesinin çalınmış bir şeyi hüsnüniyetle iktisap edenleri himaye ettiği hallerde, malın menşei alıcıyı alâkadar etmez. Müşahhas bir hâdisede fazla parayı seve seve veren, bundan şikâyetçi olmıyan alıcıya rastlamak mümkündür. Fakat bu hal fazla para veremiyen alıcıların o maldan mahrum kalmalarına sebep olur ki kanun koyucunun asıl menetmek istediği de budur.

b) Satıcı bakımından da fazla fiatla satmak ihtikâr suçunu teşkil eder. Milli Korunma Kanununun gayesi, satıcının muayyen bir haddenden fazla kâr yapmaması değildir. Âzamî satış fiatı tayin edilen mallarda maliyet ne kadar düşük olursa olsun tesbit edilen fiat üzerinden satmak, böylece kâr haddini arttırmak mümkündür. Milli Korunma Kanunu muayyen bir fiattan fazlasına satıcının satış yapmamasını temin etmek istemiştir. Bazı mallarda kâr haddinin tahdidi, bazı mallarda âzamî satış fiatının tesbiti hep bu gayeyi temin için başvuru lan çarelerdir.

İKİNCİ MESELE

ZİMMETE GEÇİRİLMİŞ BİR MALIN FAZLA FİATLA SATILMASINDA İHTİKÂR SUÇU VARSA, ZİMMET CÜRMÜNÜN CEZASINDAN BAŞKA, İHTİKÂRDAN DA CEZA VERİLECEK MİDİR?

Bu meselenin nazari ve ameli kıymeti, bizce, birinci meseleninkinden daha fazladır. Bilhassa Yargıtayın bu meselenin hal şeklini izah için ileri sürdüğü gerekçeler dolayısıyla, fikri ve hakiki içtima müesseseleri üzerinde biraz durmak zaruretini duymaktayız.

Karardan anladığımızı göre, İstanbul İkinci Toplu Milli Korunma Mahkemesi hâdisede Ceza Kanununun 79 uncu maddesinin tatbik sahası bulunduğu kanaatindedir. Mahkemeye göre satış bir tek fiildir. Bu fiili kanunun birden fazla hükmünü ihlâl etmiştir. Bunlardan biri zimmet cür-

müdür. Gerek Umumi Ceza Kanununda olsun, gerek Askeri Ceza Kanununda olsun satma, zimmete geçirmenin, mal edinmenin bir şeklidir. İhlâl edilen ikinci hüküm de ihtikâr hakkındaki Milli Korunma Kanununun hükmüdür. Hülâsa, hâdisede fikrî içtima hali olduğu için en ağır cezayı gerektiren hükmün tatbiki lâzımdır.

Yargıtay Hususî Ceza Dairesi¹ ve onun görüşünü kabul eden Ceza Genelkurulu hâdisede 79 uncu maddenin uygulanamayacağına, her iki suçun cezalarının ayrı ayrı verilmesi ve bunların hakikî içtima kaidelerine göre içtima ettirilmesi icap ettiğine karar vermiştir. Yargıtayın ileri sürdüğü bozma sebebi ikidir:

1) Zimmet suçuna esas teşkil eden fiil ile ihtikâr suçuna taallük eden fiil birbirinden müstakildir. Ortada tek fiil değil iki ayrı fiil vardır. Binaenaleyh bir fiil ile kanunun birden fazla hükmünün ihlâli bahis mevzu değildir.

2) Ortada tek fiil olsa bile, müteaddit hükümlerin ihlâli kastedilmiş ise birden fazla suç tekevvün edebilir. Nitekim kasıttaki vahdet dolayısıyla birden fazla fiiller, müteselsil suç adı altında bir tek suç sayılmaktadır. Bunun aksi de mümkündür.

Biz de hâdisede fikrî içtima değil, hakikî içtima hali bulunduğu kanaatindeyiz. Bu itibarla netice bakımından Yargıtayın görüşüne iştirak ediyoruz. Fakat Yargıtayın bozma sebepleri üzerinde durmak ve ne için iki fiil gördüğümüzü ve ne için ikinci bozma sebebine iştirak etmediğimizi izah etmekti stiyoruz.

* * *

Hâdisede neden fikrî içtima görmediğimizi, bozma sebeplerini neden kabul etmediğimizi izah edelim. Fikrî içtima müessesesinin mahiyetine nüfuz edebilmek için şu üç sorunun cevabını araştırmak lâzımdır: 1) Fikrî içtima dediğimiz halde yani bir fiil ile kanunun muhtelif hükümlerinin ihlâl edilmesi neticesinde ağır cezayı gerektiren ihlâlin cezasının verilmesiyle iktifa edilmesi halinde bir fiilden, tek fiilden maksat nedir? 2) İhlâl edilmiş muhtelif hükümlerden ne anlamak lâzımdır? 3) Kanunun birden fazla hükmü ihlâl edilmiş olduğuna yani birden fazla suç bulunduğu kabul edildiğine göre yalnız bir suçun cezasının verilmesinin sebebi nedir?

1) (bir fiil) kelimelerinden maksat nedir?

79 uncu maddede (bir fiil) denilmiş olması tesadüfen değildir. Mehaz

1) YtHsD: 21/2/1946, 442-494 (neşredilmemiştir).

1889 kanununun hazırlanması safhaları bizi bu hususta tenvir etmektedir².

1866 tarihli De Falco tasarısında fikrî içtima hakkında hiçbir hüküm yoktu. Tasarıyı tetkik eden Komisyon 1867 de «*bir hareket birden fazla neviden suç teşkil ederse en ağır cezayı gerektiren suçun cezası verilir*» şeklinde bir madde ilâve etti. Bu madde aynı sene zarfında «*bir tek ve aynı hareket birden fazla neviden bir suç teşkil ediyorsa en ağır cezayı gerektiren suçun cezası verilir fakat aşağı had tatbik olunamaz*» şekline sokuldu. Bilâhare aşağı haddin tatbik olunamayacağı kısmı çıkarıldı. İkinci bir komisyonun 1870 de hazırladığı tasarıda madde şu şekli aldı. «*Bir kimse bir tek ve bölünmez bir fiil ile Ceza Kanununu muhtelif bakımlardan ihlâl ederse ağır cezayı gerektiren hükme göre cezalandırılır*». Vigliani tasarısında ise «*işlediği bir hareketle birden fazla nevide cürüm işlemiş olan kimse, ağır cürmün cezasile cezalandırılır*» denilmekte idi. Bu madde aynen 1876 tarihli Mancini tasarısında da görüldü. Zanardelli'nin 1883 tarihli ilk tasarısında da, cürüm yerine suç denilmesi hariç olmak üzere, bir değişiklik yapılmadı. Zanardelli'nin 1887 tarihli ikinci ve son tasarısında ise madde «*işlediği bir fiil ile birden fazla nevide suç işlemiş olan kimse ağır neviden suçun cezasile cezalandırılır*» şeklini aldı. Gerekçesinde, Zanardelli, evvelki tasarılar da olduğu gibi (*hareket=azione*) denilmeyip maksadı daha iyi ifade edne (*fiil = fatto*) kelimesinin kullanılmış olduğunu belirtmiştir. *Mebuslar Meclisi Komisyonunun gerekçesinde de fikrî içtima hususundaki çeşitli fikirler izah edilmiş, bazılarının bir tek hareketle çeşitli hükümlerin ihlâl edilmesi halinde de fikrî içtima gördükleri, bazılarının ise fikrî içtimayı hiç bir halde kabul etmedikleri anlatılmış ve bu iki tez arasında mutavassıt bir fikir olmak üzere hareket gibi onun meydana getirdiği fiilin de tek olması takdirinde fikrî içtimayı kabul edenler bulunduğu söylenilmiştir.* Bir mermi ile birden fazla kimseyi isteyerek yaralayan kimsenin suçlarının hakikî içtima, evli kadının ırzına geçen kimsenin ırza geçme ve zina suçlarının fikrî içtima teşkil ettiğini misal olarak veren Mebuslar Meclisi Komisyonu gerekçesi, önceki tasarılar da hareketin tek olması arandığına, fakat son tasarıda hareket yerine fiil kelimesi ikame edilmek suretile birinci tezdten ayrılmış olduğuna ve *mutavassıt tezin kabul edilmiş bulunduğu*na işaret etmektedir. Nihayet kanun 1889 da kabul edildiği zaman madde bugünkü şeklini almış bulunuyordu: «*İşlediği bir fiil ile kanunun muhtelif ahkâmını ihlâl eden kimse o ahkâmdan en şedit cezayı tazammun eden hükme göre cezalandırılır*».

2) Bu hususta bak. ALIMENA: *Del corscorso di reati e di pene*. (Enciclopedia del diritto penale italiano, c. V, s. 487; MAJNO: *Ceza Kanunu serhi*, c. I, n. 418.

Maddenin geçirdiği safhalar gösteriyor ki, muhtelif ahkâmı ihlâl eden ve tek olması gereken hareket değildir, fiildir. Şu halde hareket ile fiil arasındaki farkı iyice belirtmek lâzımdır.

Hareket, kanunun menettiğini yapmak, emrettiğini yapmamak gibi icrai veya ihmali olabilir. Suçlunun enerjisinin kullanılması şeklindedir. Suçlu şu veya bu şekilde hareket eder. Meselâ adam öldürmede silâh veya bıçak kullanır. Yolunu keser veya evine girerek yatağında bastırır. Adam öldürme suçile kanun koyucunun cezalandırdığı bu şekilde hareket değildir. Hareket suçun mânevî unsuru ile maddî unsuru arasında bir vasıttan ibarettir.

Fiil ise, enerjinin bu kullanılışı ile varılan yakın gaye, yani Ceza Kanununun ihlâlini teşkil eden neticedir³. Bir diğer söyleyişle suçun maddî unsurunu teşkil eden haricî âlemdeki değişikliktir. Meselâ adam öldürmede enerjinin şu veya bu şekilde kullanılmasıyla varılmak istenilen gaye öldürmedir. Öldürme fiilidir. Zinada ve ırza geçmede cinsî münasebet fiilidir. Şurasını da istitraden söyleyelim ki, her suçta muhakkak bir netice vardır. Suçun tamam olması için bu neticenin zarar veya tehlike şeklinde tahakkuku şarttır. Her ne kadar nazariyatta neticenin meydana gelmesinin bazı suçların tamam olması için şart olmadığı fikrini kabul edenler ve buna şekli suç adını verenler mevcut ise de, bizce, her kasdi suçta onu tamam olmuş addettiren bir netice vardır ve bu netice failin yakın gayesidir. Şekli suça misal olarak gösterilen yalan yere şahadette, fail yalan söylemek ister ve söyler. Netice, burada ağızın ve dilin hareketinden meydana gelen söyleme fiilidir. Onun uzak gayeleriyle kanun koyucu ilgilenmemiştir. Nitekim adam öldürme cürmünde de öldürme yakın gayesinden başka meselâ maktulün dul kalan karısıyla evlenmek gibi uzak bir gaye de olabilir. Bu da Ceza Kanununu ilgilendirmez. Şekli ve maddî suçlar, hareket ile neticenin birbirini takip edip etmemesi bakımından ayırt edilebilir. Hareketi ile neticesi muhakkak birbirini takip ederek, aralarında zaman farkı olmadan meydana gelebilen suçlar şeklindedir. Bir diğer söyleyişle hareket ile fiilin birleştiği suçlar, şekli suçlardır. Hareket bitince netice de muhakkak meydana gelir. Maddî suçlarda ise hareket ile fiil ayrılabilir. Fakat ayrılması zarurî değildir. Birleştiği haller de olabilir.

Mehaz kanunun son tasarısı hakkında Mebuslar Meclisi Komisyonunun hazırladığı gerekçe, hareket ve fiil tâbirleri arasında yanlış anlamlara meydan vermeyecek kadar sarihdir. Gerekçede aynen şöyle denilmektedir: «Tasarının hareket yerine fiil kelimesini ikame eden bugünkü şekli

3) ALIMENA: *s.g.e.*, s. 394; MANZINI: *Trattato di diritto penale*, 1920-23, c. II, s. 408.

her türlü tereddüde nihayet vermiştir... Tek ceza verilmesinin fiilin, yani suçun husule gelen maddî neticesinin tek olmasına bağlı olduğu âşikârdır. Tek ceza verilmesi artık eskisi gibi sübjektif hareketin tek olmasına bağlı değildir. Bir hareket bir tek netice meydana getirebildiği gibi, birden fazla hareket gibi birden fazla cürmî netice de meydana getirebilir».

Fiile netice mânası verildiği Kanunumuzun başka hükümlerinden de anlaşılmaktadır. Meselâ 45 inci maddede failin bir şey yapmasının veya yapmamasının neticesi olan bir fiilden bahsedilmektedir. 458 inci maddede de netice itibarıyla failin asıl maksadını tecavüz eden fiil denilmekle iki netice arasında mukayese yapılmaktadır. Maamafih fiil kelimesinin hareket ile müteradif olarak kullanıldığı da yok değildir. Meselâ 471 inci maddede çocuk yapmağa mâni fiil ve hareketlerden bahsedilmektedir.

Görülüyor ki bir hareket neticesinde bir fiil, yani kanunu ihlâl eden maddî bir netice meydana gelebildiği gibi birden fazla fiil de meydana gelebilir. Kanunumuz hareketin tek olmasını kâfi görmemiş, hareket neticesinde meydana gelen fiilin tek olmasını istemiştir. İşte bu tek fiil kanunun muhtelif hükümlerini ihlâl etse de bir tek ihlâlin cezası verilecektir. Bir hareket neticesi husule gelen fiiller müteaddit iseler kanun bunların ayrı ayrı cezalandırılmasını istediği içindir ki fikrî içtimadan bahsedilen maddesinde hareket yerine fiil demiştir. Bir tek mermi atmak bir tek harekettir. Fakat birden fazla kimsenin yaralanması halinde birden fazla yaralama fiili vardır.

Şu halde, vardığımız netice şu olmaktadır ki, fikrî içtima olabilmesi ancak neticesi aynı olan muhtelif suçlar arasında bahis mevzuu olabilir. Irza geçme ve zinada cinsî münasebet fiili gibi.

Burada suç derken yalnız tamamlanmış olan suçları kastediyoruz. Teşebbüs halinde kalan bir suçta da iki hüküm ihlâl edilmişse iki ceza verilmek lâzımdır. Meselâ adam öldürmek için eve girme fiili gibi. Her iki suç tamam olsaydı nasıl ayrı ayrı ceza verilecek icise birisi tamam olsa birisi teşebbüs halinde kalsa dahi yine ayrı ayrı ceza vermek icap eder. Meğer ki iki suç bir tek mürekkep suç teşkil etsin. Bu takdirde sadece mürekkep suça teşebbüs cezası verilir. Evde hırsızlık esnasında yakalanmakta olduğu gibi. Bir suçun iki mevsuf şeklinin maddî unsurları çok defa aynı olduğundan fikrî içtima sebep olurlar. Meselâ hem failin şahsı bakımından hem de yer bakımından ağırlaştırılmış bir hırsızlık cürmünde maddî unsuru teşkil eden fiil, kanunun iki hükmünü birden ihlâl etmiştir. En ağır cezayı gerektiren hükmün tatbiki lâzımdır.

Fakat bazan fiil ile hareketi birbirinden ayırmak çok güç olur. Neticenin hareketle birleştiği hallerde yani şekli suçlarda durum böyledir. Bu takdirde kanaatimizce ayrılabilme, bölünebilme kıstasına başvurulmalı-

dır. Eğer birden fazla olan ihlâllerin ayrı ayrı hareketlerle meydana getirilebilmesi mümkün ise bu takdirde müstakil varlığa malik neticelerin âdeta tesadüfen bir araya gelmesi, bir netice şeklinde gözükmesi bahis mevzuudur. Bir kimsenin karnesiz ve fazla fiatla ekmek satışında, bir sözle iki kişiye hakaretinde olduğu gibi. İki kişiye ayrı ayrı da hakaret etmek mümkündür. Bir kimseye karne ile fazla fiatla, diğerine karnesiz fakat normal fiatta ekmek satmak da mümkündür. Fakat ihlâlleri birbirinden ayırmak mümkün değilse, birisi zarurî olarak diğeri de gerektiriyorsa ancak bu takdirde tek fiilden bahsolunabilir. Evli bir kadının yakın akrabasından birile cinsî münasebetinde olduğu gibi. Bu takdirde, eğer kabul edilmişse, yakın akraba ile cinsî münasebet suçunu zina cürmünü işlemeden irtikâba imkân yoktur. Birinciyi işlemek için ikinciyi de işlemek zarurîdir. Bütün bu hallerde her ihlâlde kastın ve hattâ lâzımsa hususî kastın mevcut bulunduğu mefruzdur. Kasıt bahsine ileride de temas edeceğiz. Fiilin tek olup olmadığını tayin için kabul ettiğimiz bölünebilme kıstasının sebeplerini, fikrî içtimada neden tek ceza verilir bahsinde etraflı bir şekilde göreceğiz.

2) İhlâl edilen muhtelif hükümlerden ne anlamak lâzımdır?

Bir fiil ile kanunun *muhtelif* hükümlerinin ihlâl edilmiş olması da fikrî içtimanın şartlarından biridir. Kanunun muhtelif sıfatını kullanmış olmasından anlaşılacaktır ki aynı hükmün müteaddit defalar ihlâl edilmesi bahis mevzuu değildir. Zaten buna imkân da yoktur. Aynı hükmün birden fazla ihlâli ancak bir hareketle olabilir, bir fiil ile aynı hükmün birden fazla ihlâli aynı zamanda mümkün değildir. Bir hareketle aynı zamanda aynı hükmün birden fazla ihlâlinde hakikî içtima hükümleri tatbik edileceğini yukarıda hareket ve fiil tefrikini yaparken izah etmiştik. Hareketin bir neticesi olan ve bir suçun maddî unsurunu teşkil eden fiil aynı hükmü aynı anda müteaddit defalar ihlâl edemez⁴⁾. Bir bomba ile meselâ on kişinin öldürülmesinde hareket birdir fakat fiil bir değil ondur. On öldürme fiili vardır. Her fiil kanunun hükmünü bir defa ihlâl etmiştir. Aynı hükmün bir kimse tarafından müteaddit defalar ihlâli ancak başka başka zamanlarda olabilir. Bu ihlâller arasında mânevî bir bağın mevcudiyeti muhtelit ve müteselsil suçları meydana getirir. Muhtelit suç, maddî unsurunu teşkil eden fiilin, kanunî ceza bakımından tesirsiz bir şekilde aynı şahsa karşı ve aynı hareketi teşkil eden zaman içinde tekrarıdır. İhlâl edilen hak bir olduğu ve fiillerin hepsi bir hareket içinde birleştiği için herbiri başlı başına bir suç sayılabilecek olan fiillerden dolayı

4) ALIMENA: s.g.e., s. 496.

ayrı ayrı ceza verilmesi doğru görülmemiş ve hepsi bir tek suç sayılmıştır. Müessir fiilde tokatın, sövmeye küfürün, hırsızlıkta çalınan şeyin tahaddüdü halinde muhtelit bir suç vardır. Kanunumuzda muhtelit suç hakkında bir hüküm yoktur. Muhtelif hükmün ihlâlinden ve hareket yerine fiilin tek oluşundan bahsedilmesi sebebiyle 79 uncu madde tatbik olunmaz. Başka bir madde de yoktur. Buna rağmen mahkemeler ile doktrin arasında tam bir mutabakat vardır. Muhtelit suçlar tek suç gibi cezalandırılmaktadır. Mahkemeler ya kasıt tektir, ya fiil tektir diyerek suçun tek oluşunu izah etmektedirler. Fiili tek sayınca da çok defa 79 uncu maddeye dayanmakta ve muhtelif hükümlerin ihlâli şartını ihmal etmektedirler. Muhtelit suçlarda maddi unsuru teşkil eden fiilin her tekrarı aynı derecede olmayabilir. Bir kısmının teşebbüs halinde kalması da mümkündür. Tam tekrardan dolayı ayrıca ceza verilmediği gibi teşebbüs halinde kalan tekrarlardan da ceza verilmez. Meselâ öldürmek için atılan birinci kurşunun boşa gitmesi, ikincisinin yaralaması, üçüncüsünün öldürmesi halinde yalnız adam öldürmeden ceza verilir, ayrıca öldürmeğe teşebbüsten ceza verilmez. Kasıtlı olmayın fiillerinden dolayı failin cezasız kalmasını sağlamak için kabul edilmiş olan taksirin, kasıt ile birlikte nazara alınmasına imkân yoktur. Hedefini kasden ve bir üçüncü şahsı taksiren öldüren kimseye yalnız kasdî suçtan ceza verilmesi bu sebeptendir. Hâdisede fikrî içtima hali yoktur, zira fiil değil, hareket birdir. Bu vaziyeti de muhtelit suçun bir şekli saymak mümkündür. Müteselsil suçta da vaziyet hemen hemen aynıdır. Fark zaman bakımındandır. Teselsülde aynı suç, başka hareketler halinde tekrar edilmektedir. Neticeden ibaret olan fiiller arasında öyle bir zaman geçmektedir ki bu zaman her fiili meydana getiren harekete ayrı bir şahsiyet vermekte ve herbirini mütekil bir hareket olan kabul ettirmektedir. Yargıtay da kanunun aynı hükmünü muhil olan hareketlerin ayrı ayrı zamanlarda tahaddüsünün zarurî olduğu kanaatinde⁵. Teselsül eden suçların bir tek suç sayılması, mânevî unsurları bakımından aralarında müşterek bir nokta, bir bağ bulunması gözönünde tutularak içtima kaideleri neticesinde verilmesi gereken cezanın ağır görülmesinin bir neticesidir. İhtilât ile teselsül arasında ceza bakımından da bir fark vardır. İhtilât halinde tek suçun normal cezası verilecek, teselsül halinde ise bu ceza bir miktar arttırılacaktır. Eğer aynı hükmün müteaddit ihlâli arasında mânevî bir bağ yok ise, o zaman tamamen ayrı suçlar vardır ve hakikî bir içtima hali mevcuttur.

5) YtHsCD: 28/12/1945, 4051-4059 (nesredilmemiştir); 24/1/1946, 58-157 (nesredilmemiştir); 31/1/1946, 16-231 (nesredilmemiştir).

3) Kanunun birden fazla hükmü ihlâl edilmiş olduğuna yani birden fazla suç bulunduğu kabul edildiğine göre yalnız bir suçun cezasının verilmesinin sebebi nedir?

Derhal söyliyelim ki, fikrî içtima dediğimiz halde, bir suçun cezasının verilmesini kabul etmeyenler de vardır. Bunlar ya fikrî ve hakikî içtima arasında hakikî değil fakat tamamen nazari bir fark görenler yahut nazari bir fark dahi görmiyenlerdir. Bu fikre taraftar olanlar suçların hakikî içtimai karşısında bulunduğumuzu söylerler. Birincilere misal olarak Köstlin'i⁶, ikincilere misal olarak Hälschner'i⁷ gösterebiliriz. Fikrî içtimai kabul etmeyenler arasında neticede cezaların içtimai bakımından da fark görmiyenler olduğu gibi hakikî içtimada umumiyetle cezaların cem'i sistemini veya hukukî içtima sistemini kabul ettikleri halde birbirlerine vasıta - gaye münasebetile bağlı suçlarda cezaların bel'i sisteminin kabul edilmesini isteyenler de vardır. Norveç Ceza Kanunu (§ 62), Yeni İtalyan Kanunu (m. 81), İsviçre Kanunu (m. 68) fikrî ve hakikî içtimaları aynı hükme tâbi tutmuşlardır.

Fikrî içtimada tek suç cezasının verilmesini kabul edenler de bunu çeşitli şekillerde izah etmişlerdir:

A - Bazılarına göre ortada zaten tek suç vardır. Onun için tek suç cezası verilmektedir.

B - Bazılarına göre de ortada birden fazla suç vardır. Fakat bu suçlar suç siyaseti mülâhazalarile birleştirilmişlerdir. Ortada birden fazla suçun birleştirilmesinden meydana gelen birleşik bir suç vardır. Onun için tek suçun cezası verilmektedir.

Evvelâ tek suç, sonra da birleşik suç taraftarlarının fikirlerini gözden geçirelim.

A - *Tek suç sistemi.* — Ortada zaten tek suç olduğu için tek ceza verildiğini iddia edenler de bu neticeye çeşitli yollardan varmışlardır:

a) Bazılarına göre ortada tek fiil, tek suç vardır. Fakat bu suç hakkında tatbik edilecek kanun hükümleri çeşitlidir. Âdeta bir kanunlar ihtilâfı vardır. Yargıç bunlardan birini seçmekle mükelleftir. Vaziyete göre ya umumîye nazaran hususiyi, ya eskiye nazaran yeniye, yahut aleyhdeye nazaran lehdeyi tercih edecektir. Roux'nun bu nazariyesi⁸ taraftar bula-

6) KÖSTLIN: *System des Strafrechts*, 1855, s. 559 (Allmena'dan naklen, s. 461).

7) HAELSCHNER: *Das Gemeine deutsche Strafrecht*, I, § 268 (Allmena'dan naklen, s. 461).

8) ROUX: *Cours de droit criminel*, c. I, s.

mamıştır. Fikrî içtima meselesinin büsbütün inkâr yolile halli mümkün görülememiştir. İhlâl edilen hükümler arasında zaman bakımından fark olmaması, umumîlik - hususilik münasebeti bulunmaması, fikrî içtimain şartları olarak kabul edildiğine göre bu iazh tarzı meseleyi halletmeden olduğu gibi bırakmaktadır.

b) Bazılarına göre de suç tektir, çünkü failin kastı tektir. Fikirlerini bu suretle hülâsa ettiğimiz cezacılar büyük bir ekseriyeti teşkil ederler. Fakat bunlar kasdın tek olduğunun nasıl anlaşılması lâzım geldiğinde anlaşamazlar.

aa) Bazıları harekete bakar. Hareket tek ise, kasıt da tektir derler. Bunlara göre bir tek hareket ile ancak bir tek suç işlenebilir. Bazı müellifler her ne kadar hareket yerine fiil kelimesini kullanmışlar ise de fiil ile hareket arasında tefrik yapmamışlar ve fiil kelimesini hareket anlamında kullanmışlardır. Aralarında ufak tefek ayrılıklar olmasına rağmen, misal olmak üzere, İtalyada Carrara'yı⁹, Fransada Garraud'yu¹⁰, Almanyada von Liszt'i¹¹, Belçikada Haus'ı¹², memleketimizde sayın hocamız Taner'i¹³ zikredebiliriz. Bu fikrin esası şudur: Bir harekette fiiller taaddüt etse dahi kasıt bir olduğundan suç ta birdir. Eğer müteaddit fiiller varsa ağırı hafifini belli eder. Hareket tek ise müteaddit kimselere zarar verilse, müteaddit haklar ihlâl edilse, aynı hak müteaddit defalar ihlâl edilse bile tek suç vardır. Bu fikir taraftarları tek fakat mevsuf suça (muhtelit suç) adını verirler.

Biz, bir hareketin muhakkak bir kasdı gerektirmeyeceği fikrindeyiz. Biri vasıta diğeri gaye olan iki suç aynı kasıtle işlenmiş değildir. Her iki suç için ayrı birer kastın mevcudiyeti lâzımdır. Alimena'nın pek haklı olarak dediği gibi¹⁴ vasıtayı düşünerek gayeden vazgeçenlerin mevcudiyeti de göstermektedir ki her ikisini de işleyen her ikisini de isteyerek işlemiştir. Kast ikidir. Her iki cürüm, kasd *intention*'ı vücuda getiren karar *détermination* dan daha önceki ruhi safhada yani *résolution*'da birleşirler. Fakat cürmün meydana gelmesi için *gai karar* diyebileceğimiz *résolution*'un *icrai karar* diyebileceğimiz *détermination* safhasına varması ve icraya geçilmesi lâzımdır. Müteselsil suçlarda da aynı hükmün her ih-

9) CARRARA: *Programma*, § 52, 168, 202.

10) GARRAUD: *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 3. tabi, c. I, s.

11) VON LISZT: *Traité de droit pénal allemand*, § 54, 57.

12) HAUS: *Principes généraux de droit pénal*, c. II, n. 848, 853.

13) TANER: *Ceza Hukuku*, 1937, s. 464.

14) ALIMENA: *s.g.e.*, s. 454.

lâlinde yani her suçta ayrı bir icra kararı yani kasıt olduğu halde, Kanunumuzun *suç işleme kararı*¹⁵ diye karşılıdığı *résolution* aynı olduğu içindir ki, bu suçların, hakiki içtima halinde olduğu gibi cezalandırılması doğru görülmemiş, fakat kararda sebat edilmesi de cezanın bir miktar ağırlatılmasını haklı göstermiştir.

Bizce, bir tek hareket müteaddit kasıtlarla müteaddit neticeler tevhit edebilir. Diğer bir söyleyişle aynı hareket ile meydana gelen ve ayrı ayrı işlenen fiiller ayrı ayrı hükümlere temas edebilir. Bu itibarla birden fazla ihlâl yani suç fiili meydana gelebilir. O halde harekete bakarak hareket tek ise suç tektir denilemez. Kanunumuz da 78 inci maddesinde murtabıt suçların, yani biri diğerini işlemek veya gizlemek için yahut biri diğeri vasıtasile işlenen suçların mürekkep suç olmadıkça yani biri diğerinin unsuru veya ağırlatıcı sebebi bulunmadıkça hakiki içtima hükümlerine tâbi tutulacağını tasrih etmekle görüşümüzü kabul ve teyit etmiştir. Bir adamı öldürmek için eve giren kimsenin eve girmesi ayrı bir suçtur. Çünkü eve girme fiilini isteyerek işlemiştir. İradesi kanunun cezalandırdığı bu fiilin işlenmesine inıtaf etmiştir. Eve girme adamı öldürmenin ne unsuru, ne de ağırlatıcı sebebidir. O halde iki ayrı suçun cezalarının verilmesi lâzımdır. Hareket birdir, kasıt veya maksat birdir diyerek eve girmekten ceza vermemek kanuna uygun olmaz.

bb) Bazıları da kastın tek olup olmadığını anlamak için failin yakın gayesinin birden fazla olup olmadığına bakarlar. Impallomeni'nin ileri sürdüğü bu fikrin esası şudur¹⁶: Suçun varlığı üç cepheden mütalâa edilebilir. Bunlardan birincisi maddî cephesidir. Bu da failin yakın gayesini teşkil eder. İkincisi fikrî cephesidir. Failin nihai gayesini ihtiva eder. Nihayet üçüncü cephesi de hukukî cephesidir ve bir hukuk kaidesinin ihlâlinden ibarettir. Impallomeni'ye göre her cürmî kasıt yakın bir gayeye matuftur. Şu halde kastın tek olup olmadığını anlamak için fikrî cepheye yani uzak ve nihai gayeye değil, maddî cepheye yani yakın gayeye bakmalıdır. Çocuk düşürmek için gebe kadının dövülmesinde bir hareket fakat iki yakın gaye yani iki kasıt ve iki suç vardır. Fakat buna mukabil evli bir kadının yakın bir akraba ile cinsî münasebet (incesto) suçunu işlemesi halinde yakın ve uzak gayeler yani kadının istediği netice birdir.

15) Teselsülden bahseden 80. maddede yapılan tâdilâtta «birk asdı cürmî» yerine «bir suç işleme kararı» denilmesinin hakiki sebebinin burada aranması lâzımdır. Nitekim mehzaz kanunda da vaziyet, bizim tâdilden sonra kabul ettiğimiz vaziyettir.

16) IMPALLOMENI: *Concorrenza reale e concorrenza formale dei reati*, 1884-85, § 9 (Allmena'dan naklen, s. 464).

O halde ihlâl edilen hükümlerin iki olmasına rağmen bir tek kasıt, bir tek suç vardır.

Impallomeni'nin bu fikri de tenkit edilmiştir. Gayelerin hangisinin yakın hangisinin uzak olduğunu kesin olarak gösterecek bir kıstas yoktur. Aynı hâdisede yakın ve uzak gayeleri bir saymak da, birden fazla saymak da mümkün görülmüştür.

cc) Bazıları da kasdın tek olup olmadığını anlamak için harici âlemdaki değişikliklere yani neticeye bakar. Meselâ von Buri fikrini şöyle izah etmektedir¹⁷: Harici âlemdeki her değişiklik bir sebebiyet rabitasını, her sebebiyet rabitası da bir kasdı gerektirir. Şu halde kasıt bir ise netice ancak bir olur. O halde neticeye bakarsak kasdın adedini öğrenmiş oluruz. Netice bir ise kasıt da birdir. Netice iki ise kasıt da ikidir.

Bu fikir de tenkit edilmiştir. Impallomeni ve Alimena bu fikrin yanlış bir esasa istinat ettiğini, hukukî ihlâl ile maddî ihlâlî bir tuttuğunu, fiilin ve hareketin tekliği meselesini kaldırıp yerine maddî sebebiyet alâkasının tekliği meselesini koyduğunu söylerler. Filhakika maddî neticenin bir olması hukukî ihlâlin de bir olmasını icap ettirmez. Evli bir adamın ırza geçmesinde, evli bir kadının yakın akraba arasında cinsî münasebet cürmünü işlemesinde maddî ihlâl birdir fakat hukukî ihlâl birden fazladır.

Biz bu tenkitlere şunu ilâve edeceğiz. Kasıt, iradenin suç fiiline yani maddî neticeye inıtafı olduğuna göre maddî unsuru müşterek olan her suçta kasıt vardır. Diğer bir söyleyişle o fiilin çeşitli tavsiflerini teşkil eden herhangi bir suç kasıtle işlenmiştir. Yukarıki misalde cinsî münasebet fiilini isteyerek işleyen evli kadın hem zina suçunu hem de yakın akraba arasında cinsî münasebet suçunu kasden işlemiştir. Şu halde kasdın adedini neticenin adedine bağlamak doğru değildir. Yargıtayın ikinci bozma sebebine bu itibarla iştirak edemiyoruz.

c) Ortada tek suç olduğu için tek ceza verildiğini iddia edenlerden bir kısmı da kasda değil bu suçlar arasındaki bağılığa bakarlar Pacheco¹⁸ gibi İspanyol, Masucci¹⁹ ve Alimena²⁰ gibi İtalyan cezacıların derece de-

17) VON BURI: *Einheit und Mehrheit der Verbrechen*, (Gerichtsaal, XXXI), *Beiträge zum Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuche*. Leipzig, 1894. (Alimena'dan naklen, s. 462).

18) PACHECO: *El código penal concordado y comentado*, Madrid, 1881, c. I. s. 421 (Alimena'dan naklen, s. 467).

19) MASUCCI: *Concorso di reati e di pena*, n. 48 (Digesto Italiano), (Alimena'dan naklen, s. 467).

20) ALIMENA, *s.g.e.*, s. 467.

rece tekâmül ettirdikleri bir fikre göre bir ihlâli isterken diğeri meydana getirmemek mümkün değilse, bu ihlâllerden birini istemek diğeri de meydana getirmek için kâfi, bu itibarla diğeri istenmesi lüzumsuz ise, bir zaruret vardır ve bu suçlar bölünmez bir bütün teşkil eder.

Alimena'ya göre bölünmezlik, üç şekilde olur: ârizî, tabîî, hukukî. Manastırdan çıkmıyan bir rahibenin ırzına geçmek için manastıra, felce uğrayan bir kimsenin döğülmesi için eve girilmesi zarurîdir. Bu zaruret ârizîdir. Müessir fiil olmadan yapılmasına imkân olmıyan çirkinleştirmek suretile hakaretteki zaruret ise tabîîdir. Memuriyet vazifesini suiistimal etmeden zimmet suçunu işlemek imkânsızlığı da hukukî zarureti meydana getirir. Alimena'ya göre yalnız tabîî ve hukukî zaruret halinde tek suç vardır denilebilir. Bu hallerde suçlardan birini istemek zarurî olarak diğeri de istemeyi gerektirir. Halbuki ârizî zarurette bu vaziyet yoktur. Ne kadar ihlâl varsa herbirinin ayrı ayrı istenmesi lâzımdır.

Alimena'nın fikrini şöyle hülâsa edebiliriz: Tabîî ve hukukî zaruret halinde yeni bir tek suç vardır. Bu itibarla birden fazla suç olduğunu anlatan fikrî içtima tâbiri yanlışdır. Bu yeni tek suç onu teşkil eden suçlar yekûnundan daha hafiftir çünkü bölünemiyen bir şey bölünebilir gibi hesaplanmamalıdır. Fakat bu yeni tek suç onu teşkil eden her suçtan teker teker daha ağırdır. Çünkü fail iki veya daha fazla ihlâli de istemiştir. Eğer bir kanun koyucu bütün ihtimalleri derpiş edebilseydi her zarurî ihlâli müstakil bir suç sayardı. Böylece fikrî içtima da yer kalmazdı. Kanun koyucu derpiş edebildiği hallerde meselâ suç işlemek için adam öldürmede (CK. 450:7) bu tek suçun ağırlığını tebarüz ettirmiştir.

Kanaatimizce bu fikir de kabul edilemez. Ortada kasden yapılan birden fazla ihlâl olduğuna göre, aralarında zaruret münasebeti de olsa, birden fazla suç vardır. Nitekim bunlardan birinin affa uğraması, veya takibi şikâyete bağlı olup da şikâyet vaki olmaması gibi bir sebeple takip edilememesi halinde diğeriinden, hafifi de olsa, ceza verilmek lâzım gelmektedir.

B - Birleşik suç sistemi. — Bir kısım cezacıların ortada tek suç olduğu için tek suçun cezasının verilmesini istemelerine mukabil bir kısım cezacılara göre de ortada birden fazla suç vardır. Fakat bu suçlar, suç siyaseti düşünceleriyle birleştirilmişlerdir. Ortada birden fazla suçun birleştirilmesinden meydana gelen birleşik bir suç vardır.

Bu fikrin taraftarlarından olan Manzini, birden fazla suçların birleştirilmesinin iki şekli olduğunu söylemektedir²¹. Bunlar da fikrî içtima ve

21) MANZINI: *Trattato di diritto penale*, 1920-23, c. II, s. 408.

teselsül halidir. Manzini fikrî içtimaı da ikiye bölmektedir. Birincisine asıl fikrî içtima demektir. Herbiri başlı başına suç sayılabilen fiillerin biri diğerinin unsuru veya ağırlatıcı sebebi olması sebebiyle tek suç sayılması halidir. Burada birden fazla fiil vardır. Bizde bu vaziyete eskidenberi mürekkep suç denilmektedir²². Diğer de 79 uncu maddede bahis mevzuu olan birden fazla suçun içtimaıdır. Burada da bir tek fiil vardır.

Biz de fikrî içtima halinde birden fazla suç bulunduğunu fakat, bu suçların birleştirildiğini ve tek suç addedildiğini kabul ediyoruz. Fakat zahiri veya şekli içtima dediğimiz birden fazla suçların birleştirilmesi hallerini dörde çıkarıyor ve bunları iki grupta mütalâa ediyoruz:

a) Birinci gruba (suçların zarurî birleştirilmesi) veya (zarurî içtima) diyebiliriz. Bu da iki türdür: 1) Biri diğerinin unsuru veya ağırlatıcı sebebi olan suçların içtimaı. Bu içtima neticesindeki birleşik suça mürekkep suç denildiğini görmüş bulunuyoruz. 2) Bir fiil ile kanunun muhtelif hükümlerinin ihlâli suretile suçların içtimaı. Buna da fikrî içtima demektediriz.

b) İkinci gruba da (suç siyaseti düşüncelerile suçların birleştirilmesi) veya (aynî kararın icrası neticesi aynı suçun icra hareketlerinin tekrarı suretile içtima) da demek mümkündür. Bu şekil birleştirme halleri de iki türdür: 1) İhtilât, 2) Teselsül.

Mevzumuzla alâkası bakımından zarurî birleştirme hallerinin birincisi olan zarurî içtima da kısa bir nazar atalım. Birden fazla fiilden meydana gelen mürekkep suçu teşkil eden suçlar arasında bir zaruret münasebeti vardır. Mürekkep suçu işleyen onun unsurunu veya ağırlatıcı sebebinin teşkil eden suçu da zarurî olarak istiyecek ve işleyecektir. İftira edenin bir suç isnat ederek zarurî olarak hakaret suçunu, dağa adam kaldıranın keza zarurî olarak şahsî hürriyeti tahdit suçunu işlemesi gibi. Mürekkep suçlarda yalnız mürekkep suçun cezasının verilmesi gayet doğru ve mantikidir. Bir kere failin başka türlü hareket etmesine imkân olmaması halinde cezalandırılmasına imkân yoktur. Hukuk, insanlardan ancak yapabilecekleri, ellerinden gelebilen şeyleri isteyebilir. Diğer taraftan kanun koyucu, mürekkep suçun cezasını tayin ederken failin müstakil suç sayılmış olan unsuru veya ağırlatıcı sebebi de işlediğini gözönünde tutmuştur. Meselâ memura mukavemetten cebir ve şiddet, zorla kaçırma silâh teşhiri, bina dahilinde hırsızlıkta konuta dokunma, kapı kırarak hırsızlıkta izrar suçlarının dahil olduğu hesap edilerek cezalar tayin edilmiştir. Bunun içindir ki konuta dokunma teşkil etmeksizin bina dahiline girmiş olan kimsenin yaptığı hırsızlığın, bina dahilinde hırsızlık teşkil

22) TANER: z.g.e., s. 466.

etmiyeceğini düşünüyor ve gece müşteri sıfatıyla girdiği kahvehanede kahvecinin parasını çalan kimse hakkında 492 nci maddenin gece vakti bina dahilinde hırsızlık hakkındaki birinci fıkrasının tatbikini isteyen Başsavcılığın ve 491 inci maddenin gündüz bina içinde hırsızlık hakkındaki dördüncü fıkrasını tatbik eden mahallî mahkeme ile Dördüncü Ceza Dairesinin görüşüne²³ iştirak edemiyoruz. Fakat nezaret için karakol binasında alıkonulan kimsenin karakolda yaptığı hırsızlıkta²⁴, keza bir kimsenin kahvede asılı kendi çantasıyla birlikte başkasının paltosunu çalmasında²⁵, binaya hırsızlık için girmek şarttır diyerek 491 inci maddenin ikinci fıkrasının dördüncü bendinin tatbik edilemeyeceğine mütedair Genelkurul kararlarını kanuna uygun bulmaktayız. Mürekkep olmıyan murtabit suçlarda kanun koyucu her suçun cezasını müstakillen tayin ettiği için bunlar hakkında içtima hükümlerinin tatbiki zaruridir. Kanun herhangi bir tefsire mahal vermemek üzere, 78 inci maddede bunu açıkça göstermiştir. İlâve edelim ki burada bahis mevzuu olan zaruret sadece hukukidir. Kanun hâdiseleri mücerret şekilde ele aldığı için tabii zaruretlerden yani müşahhas hâdiselerdeki zaruretlerden bahsolunamaz. Zaruret, kanunun iki suçu birleştirmesinden ileri gelmektedir.

Asıl mevzuumuz olan fikrî içtimaa gelince, kanunun muhtelif hükmü bir fiil ile ihlâl edilmiştir. Mürekkep suçlarda birden fazla fiil ile birden fazla suç olduğu halde buradâ bir fiil ile birden fazla suç vardır. Birden fazla suç vardır, çünkü kanunun birden fazla hükmü ihlâl edilmiştir ve bu ihlâl edilişlerde failin kasdı mevcuttur. Kasıt zaten suç teşkil eden fiilin istenmesi olduğuna ve suçun hukukî tavsifinin istenmesi zarurî bulunmadığına göre bu fiilin muhtelif şekilde tavsifi neticesinde meydana gelen suçların hepsi de kasden işlenmiş demektir. Bu itibarla failin ancak bir suç hakkında kasdı olduğu söylenemez. Meselâ kocanın gayrimeşru bir tek cinsî münasebetinin zina cürmünü teşkil ettiği mevzuatta başka bir kadının ırzına geçen koca yalnız cinsî münasebet fiilini istemiştir. Bu da kâfidir. Ortada iki suç vardır. Fakat bu iki suç arasında bir zaruret münasebeti vardır. Bu zaruret, mürekkep suçta olduğu gibi, kanundan ileri gelmektedir. Aynı fiili cezalandıran müteaddit hükümler oldukça birden fazla suçun meydana gelmesi zaruridir. Bu zaruret karşısında ancak bir tek ihlâlden dolayı ceza verilmesi icap eder ve bir fiilin müteaddit defalar cezalandırılması bir haksızlık olur. Kanun koyucu, fikrî içtimalarda zaruret şartını açıkça göstermemiştir. Aralarında bir zaruret münasebeti

23) Yt4.CD: 10/4/1945, 3784-3971 (nesredilmemiştir).

24) YtCG: 25/4/1938, 52-65 (nesredilmemiştir).

25) YtCG: 2/5/1938, 298-206 (*Temiz kararları* 1938, s. 67).

olmayan, biri olmadıkça diğ erinin iş lenmesine hukukan imkân bulunan suçların aynı hareketle iş lenmesi hali ile ayrı ayrı iş lenmesi arasında ceza bakımından bir fark gözetmek için sebep olmadığı düşün cesile ve belki de bu hallerde bir değil, birden fazla fiil olduğu düşün cesile kanun koyucu buna lüzum görmemiştir. Meselâ karnesiz ve fazla fiatla ekmek satmakta fikri içtima olmadığı kanaatindeyiz. Fikrimizce tek gibi gözükmesine rağmen fiil ikidir, çünkü ihlâller arasında hukukî zaruret şartı mevcut değildir. Görülüyor ki zarureti sadece hukukî olarak kabul etmekte, Alimena'nın tabii zaruret mefhumunu reddeylemekteyiz.

Fikri içtimada ihlâl edilen hükümlerin hepsinde kasıt bulunması lâzım geldiği fikrindeyiz. Bu itibarla Manzini'nin «tek netice, failin kasdı ne olursa olsun, zarurî olarak müteaddit hükümleri ihlâl edecektir» fikrine²⁶ iştirâk etmiyoruz. Burada kasıttan değil maksattan yani saikten bahsolunabilir. Netice istendiğine göre o neticeyi gerektiren her hüküm kasden ihlâl edilmiş demektir.

Tek fiilin ihlâl ettiği hükümler arasında umumilik - hususilik münasebeti olmamalıdır. Böyle bir münasebet varsa, sarahat olmamakla beraber, umumî hukuk prensibinin tatbiki ile hususî hükmün gerektirdiği cezanın verilmesi lâzımdır. Hususî suçun cezası umumî suçtan az olsa da kanun koyucunun hususî suçu koymakta ve buna az ceza tayin etmekteki maksadı gözönünde tutularak yine bu yoldan hareket edilmelidir. Meselâ tarladaki hasadı yapılmış olmakla beraber henüz kaldırılmamış olan başakları veya bağ kütüklerinde yahut ağaçlarda kalmış mahsulleri çalmak (CK494), hırsızlık suçunun (CK491) hususî bir şeklidir ve cezası daha azdır.

Diğ er taraftan tek fiilin ihlâl ettiği hükümler arasında yürürlük bakımından da fark olmamalıdır. Fikri içtima, eski ve yeni kanunlar münasebetini tanzim eden bir müessese değildir, yürürlükte olan hükümlerin ihlâlini kaidelendirir.

* * *

Nazarî sahadaki bu tetkiklerden sonra tatbikata geçelim. Evvelâ hâdisemize bakalım:

1) Suçlu, vazifesi dolayısıyla muhafazası altında bulunan lâstikleri 850 liradan satmıştır. Bu satış, bizce, tek fiil gibi gözükmele beraber fikri içtimanın gerektirdiği mânada tek fiil değildir.

Lâstiklerin normal fiyatla satışı fiili zimmet suçunu teşkil eder. Fazla fiyata satış ise ihtikâr suçudur. Bunların birbirlerinden ayrılmaları

26) MANZINI: *s.g.e.*, s. 409.

mümkündür. Aralarında zaruret münasebeti olmadığı, ihtikârsız da zimmet suçu işlenebildiği içindir ki hâdisede iki fiil vardır. Bu itibarla Yargıtayın ikinci bozmasına iştirak edemiyoruz. «Ortada tek fiil olsa bile mademki müteaddit hükümlerin ihlâli kast edilmiştir, o halde hakikî içtima hali yani birden fazla suç vardır» fikrini, bunun tabii bir neticesi olarak ta fikrî içtimadaki tek fiil ile ancak bir tek halin ihlâlinin kast edilmiş olduğu fikrini kabul edemiyoruz. Yukarıda bunun sebebinin de göstermeğe çalıştık. Bizce tek fiil ancak birbirinden ayrılamayan, aralarında bir zaruret münasebeti bulunan suçlarda olabilir. Suçların hukukan ayrılması mümkün ise zaten tek fiilden bahsolunamaz. Fikrî içtimadaki tek fiille yapılan ihlâllerin müteaddit olduğu ve bunlardan yalnız birisinden cezalandırma icabettiği kabul edildiğine göre her ihlâlde de kast olduğu kabul olunuyor demektir. Çünkü diğerlerinde kast yok ise onların cezalandırılması zaten bahis mezuu olamaz ki aralarında şu veya bu şekilde birini tercih ederek yalnız onun cezasını verelim. Yargıtayı aksi düşünceye sevk den, eğer yanılmıyorsak, hareket ile fiil arasındaki farkın üzerinde ehemmiyetle durulmamasıdır. İki kimseyi bir kurşunla öldürmek isteyen ve bunda muvaffak olan adamın iki adam öldürme cürmü işlediği ve ikisinden de cezalandırılacağı bizce muhakkaktır. Burada ancak hareket tektir. Fakat fiil, ölüm fiili ikidir. Binaenaleyh bir fiil ile birden fazla suç işlenmiştir demek yanlış olur. Bir hareket ile birden fazla suç işlenmiştir denilmelidir. Bütün mesele, umumî hayatta, hareket manasına da kullanılan fiil kelimesini Ceza Kanununun sadece hareketin neticesi mânasına kullanmasından çıkmaktadır.

Fikrî içtima hakkındaki mahkeme içtihatlarımız tetkik edilirse umumiyetle hareket ve fiil ayrılığına dikkat edilmediği ve bu yüzden husule gelen ibham içinde mahkemelerin daima mütereddit hareket ettikleri görülür. Bazan fiilin tek gibi görüldüğü hallerde de — hâdisemizde olduğu gibi — hakikatte birden fazla fiil olduğu haklı olarak ileri sürülmüştür. Fakat Yargıtayın bunu neye istinat ettirdiği kararlardan anlaşılmalığı için bizce meçhuldür.

Bir kimseye atılan mermi veya mermilerle o kimsenin kasten diğer bir kimsenin de taksiren öldürülme veya yaralanmasında Yargıtayın verdiği çeşitli kararlar, fikrî içtima bakımından da mevcut tereddüdü pek iyi gösterir. Birinci Ceza Dairesi 1937 senesinde hâdisede mermilerin teaddüdüne rağmen tek kasıt ve tek suç görmüştür²⁷. Aynı daire 1941 yılı başında hâdisede tek mermi olduğuna göre tek fiil birden fazla

27) Y11.CD: 14/1/1937, 1943 - 112, *Temyiz Kararları*, 1937, s. 153.

suç, yani fikri içtima hali bulunduğuna içtihat etmiş²⁸, aynı yılın ortalarına doğru taksirle adam öldürme başka bir mermi ile olduğuna göre hakiki içtima hallerinin tatbiki gerektiği mutalâasında bulunmuştur²⁹. Ceza Genel Kurulu da mermi müteaddit de olsa³⁰, tek de olsa³¹ fikri içtima hali bulunduğuna karar vermiştir. Yukarıda arzettiğimiz gibi biz fiillerin taddüdü sebebiyle fikri içtima hallerinin tatbik edilemeyeceğine kanaiz ve hâdisede bir nevi muhtlit suç görüyoruz yani taksirden dolayı, kast ile verildiğinden daha fazla verilmedikçe ayrıca ceza verilemez. Kastî suça verilen ceza taksirli suç cezasından fazla ise taksirli suç ayrıca cealandırılmaz. Eğer taksirli suçun cezası fazla ise onunla iktifa etmek lâzımdır. Bir tek kurşunda bile yaralama ve öldürme fiillerinin taaddüt etmesine rağmen kurşunların birden fazla olması halinde bile tek fiil olduğuna kabul etmek fiil kelimesinin cürmî faaliyet diyebileceğimiz hareket mânasına alınmasından başka suretle izah edilemez. Keza izrar için atılan bir taş ile cam kırılması ve bir kimsenin taksiren yaralanması halinde³², bir kadının doğülmesile çocuğunu düşürmesi ve ölmesinde³³, bir sözle iki kişiye hakarete³⁴ 79 uncu maddenin tatbikini isteyen kararlara da aynı sebeple yani hâdisede birden fazla fiil bulunduğu mülâhazasile iştirak etmiyoruz. Bu kararlarda fiil kelimesi hareket yerine alınmıştır.

Keza gece ev içinde hırsızlığa teşebbüs halinde yakalanan bir kimsenin bu tek fiilinin hem hırsızlığa teşebbüs halini, hem de konuta dokunma hükmünü ihlâl ettiğini, daha ağır olan konuta dokunma cezasının gerektiğini söyleyen³⁵, bir ağacın kesilmesinde ve götürülmesinde hem izrar ve hem de intifa hususu kasıtları olduğu takdirde yine fikri içtima hali bulunduğunu belirten³⁶, arap harflerile ders okutmayı ve gizli mektep açmayı tek fiil sayarak 79 uncu maddenin tatbikini isteyen³⁷ kararlar da da fiil kelimesi ile hareket kastedilmiştir. Taksirli ve kasıtlı suçların

28) Y11.CD: 4/2/1941, 602-342, *Temyiz Kararları 1941-42*, s. 270.

29) Y11.CD: 20/5/1941, 151-1812, *Temyiz Kararları 1941-42*, s. 305.

30) Y1C.GK: 23/2/1942, 25-39, *Temyiz Kararları 1941-42*, s. 100; 5/7/1943, 62-63.

31) Y1C.GK: 17/1/1944, 16-12, *Temyiz Kararları 1944*, s. 27.

32) Y1C.GK: 26/11/1945, 201-206, *Yargıtay Kararları 1946*, s. 34.

33) Y1C.GK: 25/3/1931, 111-121, *Temyiz Kararları 1930-34*, s. 232.

34) Y12CD: 7/4/1941, 5056-5835, *Temyiz Kararları 1941-42*, s. 359; Y1C.GK: 5/5/1941, 30-38, *Temyiz Kararları 1941-42*, s. 38.

35) Y14.CD: 23/5/1945, 5500, 5600, *Yargıtay Kararları 1945*, s. 135.

36) Y14.CD: 12/1/1945, 470-466, *Yargıtay Kararları 1945*, s. 47; Y1C.GK: 15/10/1945, 271-275, *Yargıtay Kararları 1946*, s. 6.

37) Y1C.GK: 23/11/1942, 207-205, *Temyiz Kararları 1941-42*, s. 201.

içtimasında netice bakımından fark görmediğimiz için, mahfelit suçlar hakkında kanunda sarahat olmaması da nazara alınır, fiil ve hareket kelimelerinin birbirini yerine kullanılmasının mahzuru yoksa da kasdi suçlarda vaziyet böyle değildir. Hakiki içtima hükümlerinin tatbikini kanunun emrettiği yerlerde tek suçun cezasile iktifa olunması kanuna aykırıdır. Buna mukabil karıkoca gibi yaşamak ve şehvet hissile alıkoyma cürümlerinin tek fiil ile işlendiğini kabul eden³⁸ Yargıtay kararına temadi eden neticenin aynı olduğu düşüncesile iştirak etmekteyiz.

N. K.

38) Y14.CD: 4/2/1943. *Son İctihâtlar*, c. I, fas. 4, s. 25.

* * *

İşçinin kıdem ikramiyesi [1]

(*Tevhidi içtihadı icap ettiren bir durum*),

T. C.

TİCARET DAİRESİ

Sayı:

Esas 947/62

Karar 3019

Mahkemesi: Ayancık Sulh Hukuk Yargıçlığı

Tarihi : 21/XI/46

Numarası : 300

Davacı : Devlet Orman İşletmesinden Tahsin Çetinel

Davalı : Zingal Türk Anonim Şirketi.

Dava : Davacı 1/7/1933 tarihinde davalı şirkete işçi olarak girip 27/4/1945 tarihinde şirkete Devlet tarafından el konulmuş olduğundan, aralarındaki iş anlaşması bozulmuş olduğundan İş Kanununun 13 üncü maddesi muvafıkla yevmiye 280 kuruş üzerinden 265 lira 50 kuruş tazminatın davalı idareden tahsilini istemiştir.

Karar : Şirkete el koyma tarihinde yevmiyesi 280 kuruş olan davacının ilk beş sene haric bakiye iki sene için İş Kanununun 13 üncü maddesi gereğince 280 kuruş üzerinden tahakkuk eden 84 lira tazminatın davalı şirketten tahsiline ve ziyade iddiasının reddine karar verildiğini natıktır.

* *Temyiz eden:* Zingal Türk Anonim şirketi.

Temyiz kararı: Temyiz isteminin süresi içinde olduğu görüldükten ve dosya içindeki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği hakkında görüşülüp oylasıldı.

Mahiyetine göre bağıt hükümlerinin Ayancıkta icra olunacağı anlaşılmakta bulunmasına ve İş Kanununun 13 üncü maddesinde gerek işverenim ve gerek işçinin iş bitmezden evvel ihbar şartile fesih hakları hiçbir kayıt ve şarta tâbi olmamak üzere

[1] Henüz intisar etmemiş olan bu karar, İstanbul Barosu avukatlarından Bay Hüseyin İzzettin Kandan tarafından lütfedilmiştir.

mutlak surette tanınmakta bulunmasına ve işbu sebepten dolayı el koyma keyfiyetinin hâdiseye bir tesiri görülmemesine ve mezkûr maddenin son fıkrasındaki tazminat işinden ayrılan işçi için bir ikramiye mahiyetinde olup her ne suretle olursa olsun bütün feshlerin işçiye verilmesi lâzım gelmesine ve aynı fıkrada işçiye verilecek bu tazminatın işinden ayrıldığı zamanda eline geçen ücretten ibaret olup ücretin 280 kuruş olduğu anlaşılmasına göre temyiz itirazları yerinde görülmediğinden reddile usul ve kanuna uygun görülen hükmün onanmasına dair aşağıda yazılı 141 kuruş temyiz masrafının temyiz edenden alınmasına 11/10/1947 tarihinde Oy birliğiyle karar verildi.

Bu kararda esaslı olarak iki meseleye temas edilmekte ve bu iki mesele de münazaünfih bir mahiyet arz etmektedir. Meselelerden birisi kıdemli işçiye işveren tarafından, aktin feshinden sonra verilmesi kanunen mecburî olan tazminatın hukukî mahiyetine taallük etmekte, diğeri de yine bu kıdem tazminatı için geçmesi icap eden müddetin hesabında, kanunun neşri tarihinden evvelki hizmet müddetlerinin de nazara alınıp alınmayacağına mütedair bulunmaktadır.

Bu iki meseleyi sırası ile inceliyelim:

I. Kıdem tazminatının mahiyeti:

Aynı iş yerinde uzun seneler sadakat ve bağlılıkla çalışan işçiye iş yerinden ayrıldığı sırada bu devamlılığını ve bağlılığını mükâfatlandırmak hem işçinin, hem de işverenin menfaatine uygun bulunduğundan, iş hayatına yavaş yavaş giren bu «işçinin kıdem ikramiyesi» müessesesi bir örf ve âdet hukuku olarak teessüs ettikten sonra mevzuatta da yer almağa başlamıştır. Nitekim İş Kanunumuzun 13 üncü maddesinin sondan bir evvelki fıkrası aynen şöyledir:

«Bilûmum işçiler hakkındaki fesihlerde, beş seneden fazla olan her bir tam iş senesi için ayrıca on beş günlük ücret tutarında tazminat dahi verilir».

Bu maddenin tatbiki için bulunması gereken şartları Yargıtay Ticaret Dairesinin diğeri bir kararı dolayısıyla incelemiştik. Bunları tekrarlamakta bir fayda görmüyoruz². Bilhassa üzerinde durmak istediğimiz nokta işçiye fesih halinde işveren tarafından tediyesi icap eden bu meblâğın mahiyetini tekrar incelemektir. Zira buna tanınacak olan hukukî mahiyete göre, maddenin tatbik edilebileceği haller ile şümül derecesi geniş veya dar olacaktır. Şöyle ki:

1. İşçiye tediye edilecek olan bu meblâğ, kanunun kullandığı tâbir veçhile, bir «tazminat» ise bunun tazminat mefhumu çerçevesi içerisinde

2) Bak: *İş tazminatı* adlı kroniğimiz (Hukuk Fakültesi Mecmuası, 1947, cilt: XIII, sayı 1, sah. 365 v. d.)

mütalâa edilmesi lâzımdır. Filhakika tazminat ancak bir zarar karşılığıdır, ve zararı ika eden faile tatbik olunacak müeyyidenin bir tezahür şeklidir. Şu halde bir kimsenin tazminat talebinde bulunabilmesi için bir zarara maruz kalmış bulunması ve bu zararın başkasının kusurlu fiili neticesinde meydana gelmiş olması lâzımdır.

Hukukî mesuliyetin malûm olan bu pek umumî kaidesini hâdisemize tatbik edersek, şu neticeye varmamız zarurîdir: İşçi kıdem tazminatını işverenden talep edebilmek için iş aktinin feshi dolayısıyla bir zarara uğramış olması, ve iş verenin akti fesheylemekte kendisine kabili isnat bir kusur bulunması lâzımdır. Bu netice ise iki bakımdan mahzurlu bulunmaktadır. Gerçekten:

a) İş verenin iş aktini kusurlu bir şekilde bozması dolayısıyla işçi bir zarara maruz kalırsa bu zararının tazmini talebi için kıdemli bir işçi olmak icap etmez. Zira böyle bir hal akdî mesuliyetin esasını teşkil eder ve her bir iş veren akdî kusurlu olarak bozarsa bundan dolayı zarara uğrayan işçinin bütün zararını ödemesi icap eder. Diğer bir ifade ile bir akdin —ve hâdisemizde iş akdinin— iş veren tarafından kanunî şartlara ve bilhassa feshi ihbar müddetlerine riayet etmeksizin bozulması dolayısıyla maddî ve mânevî zarara uğrayan işçi, bu zararını isbat ederek tam bir tazminat talep edebilir (B. K. m. 96 v.d.). Bu hali derpiş eden aynı İş Kanununun aynı 13 üncü maddesinin son fıkrası şöyle bir hüküm sevketmiştir:

«İhbar şartına *riayet etmiyen taraf*, yukarıda yazılı mühletlere ait ücretlerin tutarile beraber *ayrıca* işin mahiyetine göre miktarı hâkim tarafından takdir edilecek bir *tazminat dahi* ödemeğe mecburdur.»

Yani iş verenin (ve işçinin) akdî feshetmek hususunda kanunen uyması icap eden şartlara uymadığı takdirde, işçi (veya iş veren) bir zarara maruz kalırsa bunu tazmin etmesi lâzımdır; tazminat miktarını hâkim tayin eder. Bu fıkranın derpiş ettiği tazminat, tam mânasile ve teknik bakımından bir tazminattır. Bu böyle olunca, bu fıkrayı işçinin kıdem tazminatı ile telif etmek kabil değildir. Hakikaten, her iki fıkradaki tazminat, aynı mahiyette olsaydı, kanun vazının birbirini takip eden iki fıkrada tezada düştüğünü ve hukukun en basit kaidelerine aykırı hükümler vazettiğini kabul etmek zarurî olurdu. Halbuki kanun vazına böyle bir maksat atfedilemez; zira, Mecellenin ifadesile «bir kelâmın imali mümkün olmaz ise ihmal olunur» (madde 62), ve bu itibarla ya tazminat hükümünün veya kıdem ikramiyesi kaidesinin tatbik edilememesi icap eder ki her halde kanun vazının maksadı bu yolda olmasa gerektir. Hal bu merkezde iken kanun vazının emrini yerine getirmeyi mümkün kılacak diğer bir tefsir, başka bir hal sureti bulmak lâzımdır.

Binaenaleyh kıdem ikramiyesi bir tazminat olarak kabul edilirse mesele bir çıkmaza girmektedir.

b). Bu tarz tefsirin diğer bir mahzuru da vardır. Filhakika kıdem ikramiyesi bir tazminat olarak kabul edilince, iş verenin bunu tediye ile mükellef olması için kusuru bulunması icap eder. Bunun mantıkî neticesi şudur ki, şayet iş akdini iş veren değil de işçi feshederse, artık işçinin iş verenden hiç bir veçhile bir tazminat talep etmeğe hakkı bulunmayacaktır; zira iş akdinin işçi tarafından feshinde iş verene bir kusur atfedilemez.

Maamafih bu netice bu kadar kat'î de değildir ve bir tefrik yapmak zarurîdir. İşçi iş akdini kusurlu olarak feshedebilir ve bu takdirde, tazminat sistemine göre, iş verenden kıdem ikramiyesi talep edemez. Fakat işçi iş akdini iş verenin bazı fiil ve hareketleri sebebiyle bozmakta haklı olabilir (İş Kanunu m. 15) ve kıdem ikramiyesini ancak bu halde talep edecek durumda bulunabilir.

Yargıtay Ticaret Dairesi bu tefriki dahi nazara almaksızın, iş akdinin işçi tarafından her hangi bir sebeple feshedilmesi halinde, işçinin kıdem ikramiyesine hakkı olmayacağını kabul ve beyan ediyordu. Nitekim mezkûr mahkemenin 18/10/1946 tarihli ve E. 945 / K. 1044 sayılı kararında aynen şöyle denilmekte idi:

«Mahkeme kararı:

Davacı vazifesinden *kendi arzu ve ihtiyarile* ayrılmış olmasına mebni İş Kanununun 13 üncü maddesinden *istifadesine imkân görülmemiş* olduğundan... davanın reddine...

Yargıtay kararı:

Davacının *istifa etmek* suretile iş bağıntısını bozduğunu ihbar etmiş olmasına ve *bağıntı bozan işçinin bir iş tazminatı istiyeceğine dair kanunda bir hüküm bulunmamasına göre...* hükmün onanmasına...»

Bu kararın kanunun hükümlerine pek de uygun düşmediğini ve mahzurlu olduğunu düşünerek, bundan evvel yazmış olduğumuz yazıda şöyle demekte idik: «Kanaatimizce, mücbir sebepler hariç, iş akdi dahili talimatnameye göre ister işçinin yaş haddine varması gibi hiç bir kusura istinat etmiyen sebeplerle, ister iş verenin veya işçinin kusurlu hareketleri dolayısıyla feshedilsin, kanunun aradığı müddet ve fesih sebepleri objektif olarak tahakkuk edince işçi bu tazminatı talep edebilmelidir. Zira bu tazminatın gayesi, aynı müessesede müstemirren çalışan işçiyi mükâfatlandırmaktır. İşten çıkarılması veya kendi arzu ve iradesile işi terketmesi, bu geçmiş mesai ve bu mesai dolayısıyla tahakkuk eden tazminat üzerinde bir tesiri olmamak lâzım gelir. Yani tazminat geçmiş faaliyete bir karşılık teşkil eder, yoksa akdin şu veya bu sebeple feshedilmesi alâkalı değildir.» Bu

mütalâamızı İş Dairesinin 14/2/1937 tarihli ve 1369 sayılı bir umumî tebliği ile de teyit etmiştik.

2. Yargıtay Ticaret Dairesinin bu yazımızda tahlil ettiğimiz kararı, mezkûr mahkemenin eski kararından bir sene içerisinde rücu ettiğini göstermektedir. Filhakika Yargıtay Ticaret Dairesi 1946 yılı kararında:

«Bağıt bozan işçinin bir iş *tazminatı* istiyeyeğine dair kanunda bir hüküm bulunmaması» dolayısıyla bu kabil işçilerin kıdem tazminatına hakları olamayacağını bildirmiş iken 1947 yılı kararında ise bilâkis şöyle demektedir:

«... Mezkûr maddenin son fıkrasındaki tazminat işinden ayrılan işçi için bir *ikramiye mahiyetinde olup, her ne suretle olursa olsun bütün fesihlerde işçiye verilmesi lâzım gelmesine...*»

Görülüyor ki Yargıtay Ticaret Dairesi evvelce kıdem ikramiyesini bir «tazminat» olarak kabul etmiş ve bunun neticesi olarak da işini kendi ihtiyarıyla bırakan, yani iş akdini bozan işçiye bundan istifade hakkını tanımamıştı. Halbuki bugün ise, bu tazminatın, teknik mânada bir tazminat olmayıp bir «ikramiye» mahiyetini arzettiğini ve bunun neticesi olarak da, iş akdinin ne sebepten dolayı feshedildiğine bakılmaksızın, kanunî şartları haiz olan işçinin bu ikramiyeyi talebe hakkı bulunacağını aynı Daire kabul eylemektedir.

Bu görüşün yerindeliliğine ve isabetine Yüksek Mahkeme tamamen inanmış olacaktır ki, kararını oybirliği ile verdikten başka mümasıl diğer bir hâdisede de bir ay sonra aynı esbabı mucibe ile aynı yolda ikinci bir karar daha vermiştir. Filhakika Yargıtay Ticaret Dairesinin esas 947/982 ve karar 3020 sayılı ilâmı aynen şöyledir:

«Temyiz kararı:

Temyiz isteminin süresi içinde olduğu görüldüğünden ve dosya içindeki kâğıtlar okunduktan sonra işin gereği hakkında görüşülüp oylarıldı.

Mahiyetine göre bağıt hükümlerinin Ayancıkta icra olunacağı anlaşılmakta bulunmasına ve İş Kanununun 13 üncü maddesinde gerek iş verenin ve gerek işçinin iş bitmezden evvel ihbar şartıyla fesih hakları hiç bir kayıt ve şarta tâbi olmamak üzere mutlak surette tanınmakta bulunmasına ve işbu sebeplerden dolayı el koyma keyfiyetinin hâdiseye bir tesiri görülmemesine ve mezkûr maddenin son fıkrasındaki *tazminatın işinden ayrılan işçi için ikramiye olarak her ne suretle olursa olsun bütün fesihlerde işçiye verilmesi lâzım gelmesine* ve aynı fıkrada işçiye verilecek bu tazminatın işten ayrıldığı zamanda eline geçen ücretinden ibaret olup bu ücretin 180 kuruş bulunduğu anlaşılmasına mebnî davalı vekilinin temyiz itirazları yerinde görülmediği gibi işçiye işbu tazminat hakkı kanunun yürürlüğe girmesile doğmuş bulunmasına ve davacının yevmiye-

sinin 180 kuruş olduğu şirket vekilinin bu hususa dair verdiği cevaba itiraz etmeyip aynı zamanda bu cevaba istinat etmesile tahakkuk etmesine binaen davacının da itirazları varit bulunmadığından reddile usul ve kanuna uygun görülen hükmün onanmasına ve aşağıda yazılı 50 kuruş temyiz masrafının temyiz edenden alınmasına 10/11/947 gününde oy birliğiyle karar verildi»³.

Yargıtay Ticaret Dairesinin bu kararları arasındaki mübâyeneti bertaraf etmek için, keyfiyetin tevhidini içtihat yoluyla halledilmesi zarurî bulunmaktadır. Bundan başka, bu hususta ittihaz olunacak tevhidî içtihat kararı da ilmi ve nazari bakımından da önemli olacaktır, zira mesele doktrinde de münakaşalıdır. Hattâ bazı müellifler dahi bizzat mütebayin mütalâalar serdetmektedirler. Meselâ *Dr. Reşat Atabek* şöyle demektedir:

«*İkramiye*: İş Kanununun 13 üncü maddesinin 4 üncü fıkrası mucibince, beş seneden fazla devam eden iş akitleri feshedildikleri takdirde işçi her bir tam iş senesi için on beş günlük ücret tutarına muadil bir ikramiye talep edebilir.

«Kanun vazı bu hüküm ile hem bedenen, hem de bedenen ve fikren çalışanların *uzun sây ve sadakatlerini taltif* etmek istemiştir. *Bu tazminatın tediyesi ihbarın işçi veya iş veren tarafından yapılması ile alâkadar değildir*»⁴.

Bu ifadeden açıkça anlaşılıyor ki, işçiye verilecek olan tazminat bir ikramiyedir ve aktin işçi veya iş veren tarafından feshedilmesi tazminatın talebine tesir icra etmemektedir. Son Yargıtay kararları ve şahsî kanaatimiz de bu merkezdedir. Halbuki sayın arkadaşımız *Dr. Reşat Atabek* aynı eserinde «*ikramiye*» görüşünü terkedip, «*tazminat*» görüşüne uygun olan (ve mübâyeneti teşkil eden) şu mütalâyayı da serdetmektedir:

«*Mukavele*, İş Kanununun 16 ncı maddesi mucibince (yani işçiye kabili isnat bir sebepten dolayı) iş veren tarafından fesholunursa, *böyle bir tazminatın tediyesi bahse mevzu olmaz...*» (sah. 179). Yani işçi kusurlu ise, tazminata hakkı yoktur. Burada müellifin ikramiye görüşünden ayrılarak tazminat telâkkisine meylettiği görülmektedir.

Aynı durum iki Fransız profesörünün müştereken yazdıkları eserde de müşahede olunabilir. Filhakika Profesör *André Rouast* ile Profesör *Paul Durand*'nin yazdıkları şu satırlarda bir mübâyenet sezmemek kabil

3) Henüz intişar etmemiş olan bu ikinci karar da, İstanbul Barosu avukallarından *Bay M. Alguvadış Altaş* tarafından lütfedilmiştir.

4) *Dr. Reşat Atabek*, İş aktinin feshi, İstanbul 1938, sah. 178, no. II. (Bu nüsusdaki düşünceleri tebarüz ettirmek için eserde mevcut olmyan bu İtaliye yazıları tarafımızdan tertip olunmuştur).

değildir: «Bir işçinin işten çıkarılması kendisi için hemen hemen her zaman zararlıdır ve iş verene kabili isnat bir suiistimal veya ihbar müddetlerine riayetsizlik mevcut değilse hukukun umumî prensipleri işçi lehine hiç bir tazminata hükmedilmesine müsaıt değildir. Bu gibi halleri gözönünde bulundurarak, umumî hizmet mukaveleleri hükümlerinde işten çıkarma tazminatı namı altında bir tazminat derpiş edilmektedir; böyle bir hükmün fıkdanı halinde dahi bu nevi tazminat bazı mahallî ve bazı meslekî örf ve âdetlerde mevcuttur. *Bu tazminat, suiistimal teşkil eden çıkarma dolayısıyla hükmolunacak tazminattan veya feshi ihbar müddetlerine riayetsizlik yüzünden tediyesi icap eden tazminattan tamamen müstakildir.*

«Bu işten uzaklaşma tazminatı umumiyetle işçinin çalıştığı müddete ve aldığı ücrete göre tesbit olunur; filhakika, bu tazminatın gayesi, işçinin işinden çıkarılması dolayısıyla maruz kaldığı zararı tazminden başka ve fazla olarak, *işçinin müesseseseye bağlılığını mükâfatlandırmaktır.* Bu itibarla tazminat umumiyetle asgarî bir müddetle mukayyet olup *kıdeme göre de mütenasiben artmaktadır...*

«*İşten çıkarma tazminatı hiç bir kusurun isbatına bağlı değildir ve bu itibarla her hangi bir davaya lüzum göstermez.* Bununla beraber, tazminat ancak tard yolile işten çıkan işçiye verilir; şayet *mukaveleinin feshi kendi şahsî fiilinden ileri geliyorsa, işçi hiç bir hak talep edemez.* Bir çok umumî hizmet mukaveleleri, *işçinin ağır kusuru yüzünden iş aktinin feshi halinde de işçiye böyle bir tazminat tanımamaktadırlar.* Nihayet mücbir sebep halinde iş veren bunu tediye mecbur değildir»⁵.

Buradan da görüleceği üzere, evvelâ bu tazminatın kusurla ve zararla hiç bir alâkası olmıyan ve tamamen müstakil bir mahiyet arzeden bir mükâfat olduğu kabul edildikten sonra, biraz aşağıda tazmini mahiyette olduğunu işrab eden bazı mütalâalar serdölünmektedir.

Yargıtayca ittihazı artık zarurî bulunan tevhidî içtihat kararı sadece kazaf bir mübayeneti halletmekle kalmıyacak, doktrinde mevcut olan münazaaya ve ibhamlara da bir son vermiş bulunacaktır.

Tevhidî içtihat kararının ittihazını icap ettiren ikinci bir mesele de vardır:

II. Mâkabline şümül meselesi:

İşçinin kıdem ikramiyesine müstahak olabilmesi için, kanunun aradığı şartlardan birinin de, aynı iş yerinde beş seneden fazla çalışmış ol-

5) A. Rouast - P. Durand, Précis de Législation Industrielle, Paris 1947, ikinci bası, sah. 383, no. 353. (Burada da italikler tarafımızdan tertip olunmuştur.)

masıdır. İş Kanunu, neşir tarihi olan 12 Haziran 1936 dan bir yıl sonra yürürlüğe konulmuş olmasına göre (mad. 146) bu tarihten itibaren kıdem ikramiyesine müteallik 13 üncü maddenin 4 üncü fıkrasının tatbiki şüphe götürmez. Fakat kanunun yürürlüğe girmesinden evvel sebkeken hizmetlerine mukabil, acaba işçi bu geçen senelerin de ikramiye hesabında nazara alınmasını talep edebilecek midir? yani kanunun kıdem ikramiyesine müteallik hükmü mâkablîne şâmil midir?

Meselâ 1925 yılındanberi aynı müessesede çalışan bir ustanın iş akti, yaş haddi dolayısıyla bugün fesholununca, kıdem ikramiyesi 23 senelik esas üzerinden mi (yani $1948 - 1925 = 23$), yoksa 11 senelik esas üzerinden mi (yani $1948 - 1937$ meriyet tarihi = 11) yapılacaktır?

Mesele bilhassa işçi bakımından fevkalâde önemlidir. Maalesef İş Kanunu diğer kanunlarda olduğu gibi «intikal hükümleri» ihtiva etmediği gibi, ana kanunlar için yapılan «sureti meriyet ve şekli tatbik hakkındaki kanunlar» gibi bir kanun da İş Kanunu için ısdar olunmamıştır. Bu itibarla İş Kanununun zaman bakımından tatbikinin tâbi olacağı rejimi umumî hukuk kaidelerine göre tayin etmek lâzımdır⁶.

Hukukî emniyet ve istikrarı, fertler arasındaki müsavâtı temin mülahazasıyla, bugün bütün medenî ve demokrat memleketlerde, bazı istisnai haller mahfuz olmak kaydı ile, kanunların mâkablîne şâmil olmayacağı esası bir nâs olarak kabul olunmaktadır. Nitekim Fransız Medenî Kanununun 2 nci maddesi gayet umumî olarak şu kaideyi koymaktadır:

«Kanun ancak istikbal için hüküm sevkeder, mâkablîne şümulü yoktur.»

Aynı kaide «Kanunu Medenînin sureti meriyet ve şekli tatbiki hakkındaki kanunun» birinci maddesinde daha mufassal bir tarzda ifade olduğu gibi, «Ticaret Kanununun sureti tatbiki hakkındaki kanunun» hükümleri de aynı esastan mülhemdir; Ceza Kanununun 2 nci maddesi de tecrim ve tecziye bakımından aynı yolda bir hüküm ihtiva etmektedir.

Ancak kanunların mâkablîne ademi şümulü kaidelerinin istisnaları muntazar haklar ve âmme intizamıdır.

Bu durum karşısında acaba İş Kanunu hükümleri mâkablîne şâmil olacak mıdır?

a) Dr. Muammer Vassaf Tolga'ya göre: «İş hukuku sahasına ait olup hukuku hususiye zümresine dahil bulunan bu kabil hükümler meyanına başlıca içtimaî politikaya taallük eden hükümler de dahil olup bunlarda mündemiç bulunan ve bütün sınıfların ve bizzat Devletin menfaati icabı

6) Bak. Dr. Ferit H. Saymen, Türk Medenî Hukuku, cilt I, Umumi Prensipler, İstanbul 1948, sah. 149, no. III.

olarak gayri içtimai bir vaziyetin bertaraf edilmesini güden bir maksat sebebedir ki iş hukukuna ait bu türlü kaidelerin (*âmme intizamı*) mü-lâhazasile kanunların meriyet mevkiine girmelerine tekaddüm eden zamanlara da teşmil edilmeleri iktiza eylemektedir. Bu itibarla henüz yürürlükte bulunan iş mukaveleleri de bu hükümlerden müteessir olurlar. Fakat bu hal mukavelelerin sadece tarafların mütekabil hak ve mükellefiyetlerini doğuran kısımlarına şâmil olup *bir taraflı malî mükellefiyetler tahmil eden yeni hükümlerin bundan istisnası lâzım gelir*⁷. Yani Dr. Tolga'ya göre İş Kanunu hükümleri âmme intizamına taallük ettiklerinden mâkablîne şâmil olurlar, ancak bir tarafa malî mükellefiyetler yükleyen hükümler bundan müstesna olup umumî kaideye tâbi bulunurlar.

Bu umumî kaideyi kıdem ikramiyesine tatbik edersek diyebiliriz ki, bu ikramiye sadece iş verene tahmil edilen bir taraflı malî bir mükellefiyet mahiyetini haiz olmak hasebîle kanunun buna mütedair hükmünün mâkablîne şâmil olmaması iktiza eder; bu itibarla işçinin kıdem ikramiyesine esas tutulacak müddet ancak kanunun yürürlüğe girdiği günden hesaplanmak icap eder.

b) Aynı neticeye, iş veren bakımından değil, fakat işçi bakımından da varmak mümkündür. Filhakika işçinin kıdem ikramiyesi, kanunî şartların tahakkuku halinde, işçi için bir *alacaktır* ve bu alacak kanundan mütevellittir; yani kıdem ikramiyesi akdî değil kanunî bir mahiyet arzeder. İmdi, kanun mevcut olmadığı zamanlarda böyle bir alacağın mevcudiyetini kabul etmek mantıkan mümkün değildir. Ancak *de lege feranda* işçilerin menfaatlerini korumak mü-lâhazasile kanun vazı aksi bir hüküm sevkedebilir. Fakat böyle bir hüküm sevkedilmedikçe kıdem ikramiyesine müteallik kaideyi mâkablîne teşmil etmeğe imkân görmemekteyiz.

Kaldı ki, yine kanunî şartlar tahakkuk edince, işçinin kıdem ikramiyesi kendisi için bir *hak* teşkil edecektir. Malûm olduğu üzere hakkın mahiyeti bazı müelliflere göre «hukuk tarafından bahşedilip himaye edilen bir irade hâkimiyeti», diğer bazılarına göre «hukukun himaye ettiği bir menfaat», nihayet diğer bir takımlarına göre de «tahakkuku sahibinin iradesine bırakılmış hukukan himayeye mazhar olan maddî veya mânevî şahsî menfaatler» olarak tarif ve ifade olunmaktadır⁸. Bu görüşlerin her hangi birisi kabul olunursa olunsun, her birinde müsterek olan nokta «hukukan himaye» dir; bu himaye ya iradeye, ya menfaate, veya irade - menfaate taallük etmektedir. Fakat daima hukukan himaye edilen bir husus mevcuttur. Halbuki İş Kanunu yürürlüğe girmeden evvel işçi için

7) Dr. M. V. Tolga, İş Hukuku, İstanbul 1943, sah. 78, no. 1.

8) Bu nazariyeler için ismi geçen eserimiz, sah. 180-184 e bak.

«hukukan himayeye mazhar olmuş» bir kıdem ikramiyesi mevzuubahs olamamaktadır. Bu itibarla kanunun meriyetinden evvelki yıllara ait mesai hesaba katılmamak lâzımdır.

Nitekim Yargıtayın yukarıdaki 3019 sayılı kararı bu esası teyit eylemektedir. Filhakika davacı, davalı nezdinde 1/7/1933 tarihinden 27/4/1945 tarihine kadar çalışmış ve bu müddet için de 265 lira 50 kuruş bir ikramiye talep etmiş iken Ayancık Sulh Hukuk Mahkemesi (mucip sebep bildirmeksizin) bu meblâğı 84 liraya indirmiş ve Yargıtay Ticaret Dairesi mezkûr kararı oybirliği ile tasdik ederek bu görüşü kabul eylemiştir.

Mezkûr mahkeme bu görüşü o kadar benimsemiştir ki, yine yukarıda zikrettiğimiz aynı mahkemenin 3020 sayılı kararı mucip sebepleri arasında şöyle bir ibare kullanarak durumu büsbütün açıklamıştır:

«... İşçiye işbu tazminat hakkı kanunun yürürlüğe girmesile doğmuş bulunmasına...»

Binaenaleyh Yargıtay Ticaret Dairesi yukarıdaki mülâhazalarımızı teyit ederek İş Kanununun kıdem ikramiyesine müteallik hükümlerinin mâkablîne şâmil olmayacağını açıkça kabul etmiş bulunmaktadır.

Halbuki Yargıtayın aynı Ticaret Dairesininin 16/12/1941 tarihli ve esas 41/1626, karar 3056 sayılı ilâmında aksi bir esas kabul olunmakta idi. Filhakika bir işçinin aynı iş yerinde 1/7/1913 tarihinden 1/1/1940 tarihine kadar geçen 26 yıllık hizmet müddetini nazara alarak kıdem ikramiyesini hesaplayan İstanbul Asliye Mahkemesi Dördüncü Ticaret Dairesinin bir ilâmını tasdik eden mezkûr kararda aynen şöyle denilmektedir:

«3008 numaralı ve 15/6/1936 tarihli İş Kanununun meriyeti tarihinden itibaren işçi sıfatını haiz olan kimseler hakkında mezkûr kanun hükmünün tatbiki icap edeceğini ve davacının bedenen ve fikren çalışan işçi bulunduğu vaki istilâma İktisat Müdürlüğünden gelen cevabi tezkerede bildirilmesine ve İş Kanununun beşinci maddesinde kanun hükümlerine tâbi olmadığı beyan olunan memurlar ve müstahdemler idari vazife gören memur ve müstahdemler olduğu mezkûr maddenin ikinci bendi sarahatinden ve 94 üncü maddeye istinaden tanzim kılınmış olan nizamname hükümlerinden anlaşılmasına ve bu sebeplerden dolayı İş Kanununun meriyetinden evvel mesbuk hizmetin nazara alınmış olması yolsuz görülmemesine mebni varit bulunmayan temyiz itirazlarının reddile kanuna uygun olan hükmün tasdikine... ittifakla karar verildi»⁹.

Bu karardan anlaşılacağı üzere, Yargıtay Ticaret Dairesi işçinin kı-

9) Bu karar için bak. «İşçinin Kıdem Tazminatı» adlı yazımız, (Çalışma, sayı 12, sah. 54).

dem ikramiyesine müteallik İş Kanununun 13 üncü maddesinin dördüncü fıkrasını mâkablîne teşmil etmiş bulunmakta idi. Bugün ise yukarıdaki kararlarından birile zımnen, diğeri ile sarahaten aynı Daire bu esastan rücu ederek işçinin kıdem ikramiyesine müteallik hükmün mâkablîne şâmil olmayacağını düşünmektedir. Bu mübâyenetin kaldırılması için de tevhibi içtihat kararına zaruret bulunduğu açıktır.

* * *

**İşverenin işçinin maruz kaldığı zararlardan dolayı
hukukî mesuliyetinin esası [10]**

T. C.

YARGITAY

HUKUK GENEL KURULU

Tarih : 2/4/1947

Esas : T. 54

Karar : 15

Yargıtay kararı:

İş Kanununda genel bakımdan iş süresinin haftada 48 saati aşamayacağı ve hangi hallerde günlük iş süresinin uzatılabileceği ve fazla saat çalışma şart ve tarzlarının yetkili makama onaylatılacağı ve işçilerin belli süreden daha uzun zaman çalıştıkları takdirde iş verenlerin cezalandırılacağı ve (İş Müddetleri Nizamnamesi)nde dahi liman yapma ve sair sanayi işlerinde haftada normal olarak en çok 48 saatlik iş süresinin uygulanacağı ve (İşçilerin Sağlığını Koruma ve İş Emniyeti) nizamnamesi gereğince sulu ve ıslak yerlerde çalıştırılan işçileri, lastik veya tahta ayakkabı giydirmek suretile sudan ve rutubetten korumağa ve soğugun tesirinden koruyacak evsafı haiz elbise ve sair levazım ile teçhiz etmeğe iş veren mecbur ve yalınayak işçi çalıştırılması yasak olup 90 ıncı maddesinde bu Tüzük hükümlerinden herhangi birine aykırı harekette bulunanlar hakkında cezai takibat yapılacağı tasrih edilmiş olduğuna ve Borçlar Kanununun 41 inci maddesinin mutlak sarahatine göre yukarıda özetlenen ve işçinin sağlığını koruyan hükümlere muhalif bir fiilin (haksız fiil) sayılması zaruridir. 1337 doğumlu olan davacının günde 12 saatten fazla olmak üzere beline kadar çıkan su içinde altı ay çıplak çalıştırıldığı şahadet ile gerçekleşmiş ve kanunen muayyen süresinden fazla çalıştırmanın nakli sebebe dayandığı da iddia ve isbat edilmemiş bulunması itibarile iş veren şirketin zarardan sorumlu olduğu kabul edilmek lâzım gelir. Davacının tüberkülozdan hasta olması yüzünden eski işi olan kaynakçılıkta kesin surette çalışamayıp daha ileri derecede iyileştiği takdirde bile büro işi veya diğeri bir oturak iş yapabileceği ve ne zaman iyileşeceği kestirilemeyeceği mütehassis bilirkişi raporunda belirtildiğine nazaran sonucu kesin olmasa bile bir zararın mevcudiyeti aşıkardır.

İşe alınmadan evvel 1941 yılında yapılan askerlik muayenesi ile dava olunan

10) Bu karar, Avukat Halis Sungur tarafından Konyada nesredilen «Hukuk ve İctihatlar Dergisi», yıl 2, sayı 12, sah. 258-259 dan alınmıştır.

şirket tarafından 2/2/1942 tarihinde işe alınırken yaptırılan muayenesinde sağlam olduğu anlaşılmış ve sözü geçen raporda eskiden bir ârızası olmadığından bu hastalık şirkette çalıştığı sırada meydana çıktığının kabulü gerektiği ve hastalığın meydana gelmesinin fena şartlar içinde fazla çalışmanın da bir sebep olabileceği beyan edilmiş ve fena şartlarla çalıştırdıktan sonra tüberküloz hastalığı baş gösterip 1944 yılında işinden ayrılmış bulunduğu cihetle (illiyet rabitası) nın yokluğu yolundaki itiraz dahi yersiz bulunmuştur.

Yukarıda izah edilen sebeplere göre Yargıtay Ticaret Dairesi ilâmında yazılı birinci bozma sebebi varit değilse de kanun hükümleri çerçevesinde tazminat miktarının bilirkişilere tayin ettirilmesi lâzım ve bu lüzumu mutazammın ikinci bozma sebebi doğru ve uymak gerekli iken, bazı düşüncelerle bu kısım bozma sebebine karşı ısrara karar verilmesi yolsuzdur.

I. Hâdise:

İşe başlamadan bir sene evvel yapılan askeri muayenesinde sağlam olduğu anlaşıldığı gibi, işe başlarken iş veren tarafından yaptırılan sıhhi muayenesinde yine sıhhatli bulunduğu anlaşılan bir işçi günde on iki saatten fazla çalıştırılmış; bu çalışma beline kadar su içinde olmuş; işçiyi suya karşı koruyan hiç bir elbise, çizme, ayakkabı ve saire kendisine verilmemiştir. Altı ay bu tarz çalışmadan sonra işçinin verem olduğu, mesleğini icra edemeyecek bir durumda bulunduğu ve ancak büro işleri gibi «oturaklı» işler yapabileceği ehli-vukuf raporu ile anlaşılmıştır. Bu durum karşısında işçi iş verenden tazminat talebinde bulunarak aleyhine dava açmıştır.

II. Karar:

Yargıtay Genel Kurulu iş verenin haksız bir fiil irtikâp ettiğini düşünerek hâdiseyi bu zaviyeden gayet güzel ve ilmi esaslara uygun olarak tahlil etmiştir. Şöyle ki:

1. İşçinin fazla müddetle çalıştırılmaması, suya ve rutubete karşı korunması (İş Kanunu), (İş Müddetleri Nizamnamesi), (İşçilerin Sağlığını Koruma ve İş Emniyeti Nizamnamesi) hükümleri icabı olup, bu hükümlere riayet olunmaması Borçlar Kanununun 41 inci maddesinde haksız fiilin vukuu için aranılan «hukuka aykırılık» (kanun haksız bir surette diyor) unsurunu teşkil etmiş bulunmaktadır.

2. İşçinin vereme tutulması yüzünden kaynakçılık olan mesleğini artık kesin olarak icra edemeyeceği, iyileşse bile ancak büro işleri gibi hafif işler yapabileceği (halbuki bu işlere hazırlıklı bulunmaması dolayısıyla iktisadî istikbali tehlikeye girdiği ve bu yüzden) zarara duçar olduğu belirtilerek 41 inci maddenin aradığı «zarar» unsuru da meydana çıkarılmış bulunmaktadır.

3. İşçinin fena şartlar içinde çalıştırılmasının bir «kusur» teşkil ettiği

de ileri sürülerek haksız fiilin diğer bir şartı olan «kusur» unsuru da bu suretle meydana çıkmış olmaktadır.

4. Nihayet, işe alınırken işçinin hiç bir ârızası olmadığı, iş veren için çalıştığı sırada hastalığının meydana çıktığı, bu hastalığa sebep de fazla saatlerle ve fena şartlar içinde çalışma olduğu anlaşılmış bulunduğundan, 41 inci maddenin aradığı «illiyet rabitası» unsuru da tekevvün etmiş bulunmaktadır.

Bütün bu şartların bir arada bulunması sebebiyle Yargıtay Hukuk Genel Kurulu hâdisede bir haksız fiil seciyesi görerek iş vereni işçiye karşı hukukan mesul tutmuştur.

III. Kararın tahlili:

1. Hukuka aykırılık:

İşçilerin çalışma müddetleri ve çalışma şartları İş Kanunu ve bu kanuna müsteniden ısdar olunan bir takım nizamnamelerle tesbit olunmuştur. Bu mevzuata riayet etmemek hukuka aykırılığı teşkil eder. Filhakika:

a) İş Kanununun 35 inci maddesi milletlerarası anlaşmalara uyarak şu yolda bir hüküm sevk etmiştir:

«Genel bakımdan iş müddetinin haftada 48 saat olması esastır. Bu müddet Cumartesi günleri saat 13 de kapanması mecburî olan iş yerlerinde günde en çok dokuz saati ve Cumartesi günleri saat on üçten sonra dahî işlemesi caiz iş yerlerinde ise günde en çok sekiz saati geçmemek şartıyla, haftanın çalışma günlerine taksim olunur.»

Binaenaleyh bir işçi nerede bulunursa bulunsun günde vasatî sekiz saatten veya haftada kırk sekiz saatten fazla çalıştırılmaz. Ancak ya memleketin iktisadî menfaatleri veya iş yerinin mahiyeti itibarile ve istihsal miktarını mutad olan seviyenin yukarısına çıkarmağa ihtiyacı bulunması hasebile kanun bu kaideden inhiraf edilebileceğini bildirmekle beraber, insani ve umumî sağlık mülâhazaları ile bunun da hududunu çizmiştir. Filhakika 37 nci maddenin 2 nci fıkrasına göre:

«1. Muayyen haddin üzerine zammedilecek fazla çalışma saatleri günde en çok üç saat olabilir;

«2. Fazla çalışma saatleri ile çalışılacak günlerin yekûnu bir yılda en çok doksan iş gününe varabilir.»

Binaenaleyh işçinin fazla saatlerde çalışmasını mümkün veya zarurî kılan hallerde bile işçi 8+3 saatten fazla çalıştırılmaz. Halbuki hâdisede işçi 12 saat çalıştırılmıştır. Bundan başka işçi fazla saatlerde en çok doksan iş günü çalıştırılabilir, halbuki hâdisemizde işçi altı ay fazla çalışmaya tâbi tutulmuştur.

b) «Fazla Saatlerle Çalışma Nizamnamesi»¹¹, fazla saatlerle işçi çalıştıracak iş yerlerinin kanunun saydığı durumlardan birinde bulunması lâzım geldiğini bildirdikten sonra Çalışma Bakanlığında veya Bölge Çalışma Müdürlüğünden izin istihsal etmesi icap ettiğini beyan etmektedir. Bundan başka gerek İş Kanunu, gerek mezkûr nizamname «maden ocakları işleri, kablo döşenmesi, kanalizasyon ve tünel inşaatı gibi yer altında veya su altında çalışılacak işlerde» günlük çalışma müddetlerinden fazla saatlerle çalışılması caiz olmadığını bildirmektedir. Hâdisemizde yarı beline kadar su içinde çalışan bir işçinin değil günde 12 saat, hattâ 11 saat dahi çalıştırılması yasaktır; böyle bir işçi ancak sekiz saatten fazla çalıştırılmaz.

c) «İşçilerin Sağlığını Koruma ve İş Emniyeti Nizamnamesi» de¹² iş verene bir takım mükellefiyetler tahmil etmektedir. Ezcümle, iş veren «zuhuru melhuz kazalara ve sarî veya meslekî hastalıklara mâni tedbirleri» ittihazı mecbur olduğu gibi (madde 1), yer altında veya su altında yapılan işler için hususî tedbirler ittihazı mecburdur (madde 3).

Nizamname umumî bir surette bu mükellefiyetleri belirttikten sonra 25 inci maddesinin a bendinde şöyle bir kaide sevk etmektedir:

«Yarı kapalı veya açıkta iş yerlerinde çalıştırılan işçilerin kendi pauçları, yapılan işin hususiyetine kâfi evsafıta olmadığından dolayı, ayaklarını çamurdan ve sudan... koruyamayacağı takdirde, bunlara, işin ve mevsimin icap ettirdiği şekilde lâstikten, köseleden yahut tahtadan ayak kabı giydirilecektir. Her ne sebeple olursa olsun, yalnız işçi çalıştırılması yasaktır.»

Hâdisede, işçinin bu tahaffuzî tedbirlerin hiç birinden istifade etmediği de sabit olmuştur.

İş verenin bu üç noktaya riayet etmemesi hiç şüphesiz hukuka aykırılık teşkil eder.

2. Zarar:

Çalıştırıldığı kötü şartlar dolayısıyla işçi iki çeşit zarara uğramıştır:

a) Tüberküloz oluşu hâlen mevcut ve muhakkak bir zarardır. Her ne kadar mâmeleki bundan dolayı doğrudan doğruya bir eksilmeye maruz bulunmuyorsa da, dolayısıyla bir eksilmeye maruz bulunduğu muhakkak olduktan başka (tedavi masrafı, işinden geri kalma ve hâlen çalışmamazlık), cismanî bir zarara duçar olduğu hiç şüphe götürmez. Gerçekten, cismaî zarar sadece vücudun yaralanması veya bir uzvun sakatlan-

11) Resmî Gazetenin 6 Tesrinisani 1937 tarih ve 4354 sayılı nüshası.

12) Resmî Gazetenin 17 Şubat 1941 tarih ve 4736 sayılı nüshası.

ması şeklinde değil, fakat aynı zamanda bir hastalığa duçar olunması tarzında da tecelli edebilir.

b) İşçinin maruz kaldığı ikinci zarar da, muhakkak bir zarar olmakla beraber, müstakbel bir zarardır. Vukuf ehli raporundan anlaşıldığı üzere, işçi iyileşse de artık eski sanatı olan kaynakçılığı icra edemeyecek, ancak büro işleri gibi az bedeni faaliyet icap ettiren «oturaklı» işler yapabilecektir. Halbuki işçi bunlara hazırlanmamış bulunduğu için kazancı da o nisbette azalacak ve bu itibarla iktisadi istikbali tehlikeye girmiş bulunacaktır.

Bütün bunlar Borçlar Kanununun 46 ncı maddesinde derpiş olunan zararlardır. Bu maddenin birinci fıkrasına göre: «Cismanî bir zarara duçar olan kimse, külliye veya kısmen çalışmaya muktedir olamamasından ve ileride iktisaden maruz kalacağı mahrumiyetten tevellüt eden zarar ve ziyanı ve bütün masraflarını isteyebilir.»

3. Illiyet rabitası:

Yüksek Mahkeme pek güzel bir şekilde iş verenin fiili ile işçinin uğradığı zarar arasında tam bir illiyet rabitasının mevcut olduğunu belirtmiştir. Filhakika işçi işe girmeden kısa bir zaman evvel askerlik muayenesine tâbi tutulmuş ve hiç bir ârızası görülmemiştir. Bilâhare işe alınırken de yapılan yeni bir sıhhi muayenede sağlam olduğu anlaşılmıştır. Binaenaleyh bu müddet zarfında işçinin vücudunda meydana çıkan bir hastalık bulunmamıştır. İşe başladıktan altı ay sonra işçi verem oluyor. Çalıştırıldığı iş, ve bu işde çalıştırma şartları veremi tevlit edecek seviyede bulunmaktadır. Bu itibarla illiyet rabitasının kabulü icap etmektedir.

4. Kusur:

En mühim olan bu kusur unsuru üzerinde Yargıtay pek fazla durmaktadır. Belki de bundan dolayı hâdisede bir haksız fiil seviyesi görmüştür. Halbuki işçi iş verene, iş akdi ile bağlı bulunduğu için, iş veren bu akitten doğan borçlarını ifa ile mükelleftir. Bu borçlardan biri de İş Kanununun ve bu kanuna müsteniden ısdar olunan nizamnamelerin emrettiği sıhhi tedbirlerin alınmasıdır. Bundan başka Borçlar Kanununun 332 nci maddesi hâdisemizi tamamile şumulüne alan şöyle bir hüküm de ihtiva eder:

«İş sahibi, akdın hususî halleri ve işin mahiyeti noktasından hakkaniyet dairesinde kendisinden istenilebileceği derecede, çalışmak dolayısıyla maruz kaldığı tehlikelere karşı icap eden tedbirleri ittihaz ve münasip ve sıhhi çalışma mahalleri tedarikine mecburdur.»

Kezalik İş Kanununun 54 üncü maddesi de şöyledir:

«Her iş veren, iş yerinde işçilerin sağlığını koruma ve iş emniyetini

temin etmek için gerekli olan tedbirleri almakla ve bu husustaki şartları ve tertibatı noksansız bulundurmakla *mükelleftir.*»

Kanunların bu emredici hukuk kaidelerine muhalif bir akıt yapmak caiz olmadığı gibi (B. K. m. 19, 20) bunlara aykırı hareket de akdı bir kusur teşkil eder. Bu itibarla iş veren Borçlar Kanununun 41 inci maddesine göre değil, fakat 96 ncı ve 332 nci maddelerine göre mesul tutulmak icap eder.

Bu noktanın belirtilmesi bilhassa ehemmiyetlidir, zira hukukî mesuliyet müessesesinin tekâmülü burada mevzu bahis olmaktadır. Filhakika, ferdiyetçi hukuk nizamlarının kabul ettiği «kusursuz mesuliyet olmaz» kaidesi makine devrinde tehlikelerin artması sebebiyle fevkalâde mahzurlu ve içtimaî adalet bakımından noksan bulundu. Jürisprüdans ve doktrinin devamlı gayretleriyle yavaş yavaş «isbat edilecek kusur» yerine «kusur karinesi» esası tamamen veya kısmen kaim oldu ve bu prensip kanunlara kadar sirayet etti. Nitekim Borçlar Kanunumuzun istihdam edenlerin mesuliyetine (madde 55), hayvanlar tarafından yapılan zarardan dolayı mesuliyete (madde 56), Medenî Kanunun ev reisinin mesuliyetine (madde 320) mütedair kaideler hep kusur karinesine dayanır.

Fakat iktisadî ve içtimaî ihtiyaçlar bununla da tatmin edilememekte idi. Filhakika, kusur karinesi her ne kadar ferdiyetçi esası bir dereceye kadar yumuşatmış ise de, yine kusur gibi tamamen sübjektif bir mefhu- ma bağlanmıştı. Hasar (risque) nazariyesile tamamen objektif bir esasın kabulüne doğru yol alınmış ve «yaratılan tehlike dolayısıyla mesuliyet» prensibi yine doktrin ve jürisprüdans tarafından bir çok hallerde kabul olunmuştur. Bir kimse kullandığı tehlikeli bir maldan istifade ettiği nisbette bu malın husule getirdiği zarardan da mesul olmalıdır, denildi. Binaenaleyh kusuru olsun olmasın, böyle bir mal kullanan kimse, mezkûr malın ifa edeceği zarardan dolayı mesul tutulmuştur. Nitekim Borçlar Kanunumuzun bina ve imal olunan eşya mâliklerinin mesuliyetine müteallik kaidesi (madde 58) bu görüşün bir tezahürüdür. Kezalik muavin şahısların akde muhalif hareketlerinden dolayı istihdam edenin mesuliyetine müteallik Borçlar Kanununun hükmü de (madde 100) aynı esasa bağlanabilir.

Sonzamanlarda, bir çok sanayi memleketlerde ve buna ayak uyduran memleketimizde daha ileri gidilerek, muhtemel zararlara karşı iş verenin işçileri sigortalaması ve sigorta primlerini ödemesi mecburiyeti vazolundu. Ölüm, meslek hastalıkları ve iş kazaları sigortaları bu esasa dayanır.

Hukukî mesuliyetin esası kusur gibi tamamen sübjektif ve ferdiyetçi bir esastan, mecburî sigorta gibi tamamen objektif ve sosyal bir esasa

doğru gelişirken¹³, Yargıtayın böyle bir meselede haksız fiil ve binaen-aleyh kusur unsurunu araması ve zarara maruz kalan işçiyi bunu isbat etmekle mükellef tutması ne bu hukukî gelişme bakımından, ne de sosyal icaplara uygunluk bakımından, hattâ ne de yeni adalet görüş ve anlayışı bakımından tecviz olunamaz. Çeşitli kararlarında hakkın sulistimali, hüs-nüniyet, mahkeme kararlarında doktrinin de nazara alınması gibi en modern görüşlere yer vermekte bulunan Yargıtayın tamamen sosyal bir mahiyet arzeden işçi ve iş veren münasebetlerinde bu modern görüşleri belirteceği beklenebilirdi. Mamafih, Yargıtayın hasar (risque) nazariyesi gibi tamamen objektif bir esasa yer verecek kadar cesaretli davranmasını beklemek hakkımız olmamakla beraber, hiç değilse teknik icaplara uygun olarak kararını haksız fiil mesuliyetine değil, fakat akdî mesuliyete dayandırması lâzım gelirdi.

F. H. S.

* * *

İcra emrinin vekile tebliği

T. C.

YARGITAY

İCRA VE İFLÂS DAİRESİ

Esas : 1443

Karar : 1938

Tarihi : 29/4/1946

Istanbul İcra Yargıclığı.

Alacaklı: Burhan Burathanoğlu.

Borçlu: Hans Valter.

Yukarıda yeri ve tarafları gösterilen icra emrinin vekile tebliğinin yolsuzluğuna taallük eden şikâyetin reddine ve icra emrinde yazılı müddet geçmeden konulmuş olan hacizde isabet görülemediğinden bahisle haczin bozulmasına mütedair olan kararın süresi içinde temyizden tetkiki adı geçen borçlunun vekilleri avukat Ferid Davud Tokdemir ve avukat Fani Motola tarafından istenmesi üzerine bu işle ilgili evrak mahallinden daireye gönderilmiş olmakla okundu ve gereği görüldüğü düşünülürdü.

Tahsil istenilen alacak ilâma müstenit olup icranın devamına mânil kanuni bulunmamış ve vekâletten istifa ettiğini iddia ve dermeyan etmemiş olan vekile yapılan tebliğ de kanunen muteber bulunmuş olduğundan borçlu vekilinin yerinde olmayan bozma dileğinin reddile temyiz olunan kararın İcra ve İflâs Kanununun 366 ve H. U. M. K. nun 428 inci maddeleri gereğince onanmasına ve yazılı masarifin temyiz isteyenden alınmasına oybirliği ile karar verildi.

(İleri Hukuk, Kasım 1946)

13) *Jossierand*, *Evolutions et Actualités* adlı eserin «L'évolution de la responsabilité» başlığını taşıyan konferansa bak, Paris 1936, sah. 29 v.d.

I. — İcra emrinin davayı takip etmiş vekile tebliği. H. U. M. K. nun 124 üncü maddesinin bu mevzuda tatbik olunamayacağı, 62 nci maddenin tatbikini istilzam eden mülâhazalar. II. — 62 nci maddenin tatbikine karşı serdolunacak itirazların münakasası; ve teklif edilen hal tarzının ihtiyaçlara uygunluk derecesi. III. — Ödeme emrinin umumî vekil olan avukata tebliği meselesi karşısında Federal Mahkeme. IV. — Ödeme emrinin ticarî mümessillere tebliği; netice ve hülâsa.

I. — Bu kararın isabeti H. U. M. K. nun 62 nci maddesi muvacehesinde meydana çıkmaktadır. Vakıa gerekçeler meyanında bu maddeye atıf yapılmamış ise de kararın dayanmakta olduğu hukukî mesnedin 62 nci madde olduğundan şüphe edilmemelidir. Şayanı dikkattir ki Yargıtay bu mevzua muhtelif vesilelerle temas etmek fırsatını bulduğu halde her zaman aynı gerekçeleri ve hattâ aynı hal tarzını vermekten uzak bulunmuştur. 2/12/1932 tarihli eski bir kararında Yüksek Mahkememiz: «müvekkilini mahkemede temsil eden vekilin icraî takiplerde de temsil etmesi kat'î ve mecburî olmayıp çok defa başka biri tevkil veya bizzat takip edilmekte olduğundan tebliğlerin doğrudan doğruya alâkalılara yapılması lâzımdır» demek suretile bugün tahlilini yapmak istediğimiz karardan tamamen farklı bir noktai nazar ifade etmiştir¹. Başka bir kararında ise 1932 de tebellür eden içtihadını takyit lüzumunu duymuş ve «Türkiyede bulunmıyan bir kimsenin ilâmda vekili olduğu gösterilen zata icraî tebliğin muteber olduğunu» beyan eylemiştir (22/XI/1943)². Her ne kadar Yargıtay bu kararında daha ziyade H. U. M. K. nun 117 nci maddesini gözönünde tutarak ancak hususî bir şık için bu neticeye vasil olmuşsa benziyorsa da haddizatında biraz evvel zikredilen 2/XII/1932 tarihli kararından 9/2/1939 tarihli bir kararile sarîh ve umumî bir şekilde rücu etmiş zehabını vermektedir. Tahlilimize mevzu teşkil etmekte olan kararı âdeta hazırlamış olan bu 1939 senesinin kararı üzerinde bir nebze tevakkuf etmek gerekir.

«Bir şirketin vekili avukata ilâma müsteniden icra emri tebliğ edilmiş, vekilin tebliğın asıl borçlu şirkete yapılması hakkında şikâyette bulunması üzerine merci icra ve ödeme emirlerini tebellüğ eden vekillerde zatî mallarının beyanı külfetinin ve hattâ cezaî müeyyidelerin tahmil ve tatbik edilemeyeceğinden ve esasen kanununun 24 ve 61 inci maddelerinin birinci fıkrası borçluya, ikinci fıkrası yine hâdisede şirketin mümessilli bulunmadığından borçluya tebliğini âmir bulunduğundan tebliğın iptaline karar vermiş ve temyiz üzerine İcra ve İflâs Dairesi, *tebliğ ve tebellüğe*

1) Abdullah Aytemiz, Takip hukuku ile alâkalı Temyiz karar ve içtihatları, sah. 82.

2) Abdullah Aytemiz, sah. 84.

mezuniyeti dosyada mevcut vekâletnamesinde zikir ve tasrih olunduğu ve borçlu şirketi temsilen aleyhine istihsal olunan ilâmın icrası için vekile vaki olan tebliğin muteber tutulması lâzım geldiği ve H.U.M.K. nun 124 üncü maddesi de bunu müeyyid olduğu halde... esbabı mucibesile iptal kararını bozmuştur»³.

Görülüyor ki bu 1939 senesi kararı 29/4/1946 tarihli kararla aynı neticeye varmakla beraber bu sonuncudan farklı olarak H. U. M. K. nun 124 üncü maddesine istinat etmiştir. Halbuki bu vadide 124 üncü madde ile ihticaç etmek iki bakımdan doğru değildir. Evvelâ 124 üncü madde sadece davaya müteallik usulî muamelelerle davaya nihayet veren hükmün usul hukuku bakımından netice tevlit etmesi için vekile tebliğ lüzumunu kasetmiş yoksa hükmün icrası bakımından tebligatın kime yapılması gerektiği noktasına dokunmamıştır. Sanîyen 124 üncü maddenin hükmün icrası bakımından tebliğ vaziyetini şümulü içine aldığı farzedilecek olursa kabulüne imkân olmıyan neticelerle karşılaşmak tehlikesi mevcuttur. Zira vekille görülmekte olan davalarda usul muamelelerinin asile tebliği bu 124 üncü madde mucibince caiz olmayıp tebligatın behemehal vekile yapılması gerekmektedir. 10/7/1940 tarihli tevhidî içtihat kararı bu esası, ilâmların tebliği münasebetile kat'î bir şekilde beyan etmiş bulunmaktadır⁴. Binaenaleyh eğer hükmün icrası bakımından gerekli tebliğ muamelesinin bu 124 üncü maddenin şümulüne girdiği kabul edilirse bu takdirde vekille takip olunmuş davalara nihayet veren hükümlerin tenfizini temin için icra emrinin asile tebliğ olunamayacağı neticesine vâsıl olmak gerekecektir ki bu neticenin İcra ve İflâs Kanununun hükümleri ve ez-cümle 24 üncü maddesi muvacehesinde bir an için dahi kabulüne imkân yoktur. Bu iki sebep dolayısıyla 124 üncü maddenin mevzuumuza tatbik kabiliyeti olmadığını teslimde tereddüt etmemek lâzımdır⁵.

Esasen 124 üncü maddenin mevzuumuz bakımından elverişsizliğini bizzat Yargıtay dahi hissetmiş olmalıdır ki verdiği hal tarzını makul göstermek için sadece bu maddeye istinatla iktifa etmemiş fakat evveleminde vekâletnamenin münderecatını bilhassa gözönünde tutmuştur. Yüksek

3) Ali Karaca, İcra ve İflâs kanunu, sah 49. — İmran Öktem, H. U. M. K. sah. 196 (K. N. 699-726).

4) İmran Öktem, sah. 195.

5) Ord. Prof. Ansay, her ne kadar 124 üncü maddeyi icra mevzuuna kabili tatbik görüyorsa da bunu takibin vekil marifetile yapıldığı haller için varit görmektedir (Hukuk icra usulleri, sah. 88). Sayın Profesörün mütalâası ilâmın doğrudan doğruya ve münhasıran vekile tebliğ edilmesi lüzumunun 124 üncü maddeden çıkarılabileceği mânasının tazammun etmemektedir.

Mahkeme hâdisede şirket aleyhine icra emirlerinin vekile tebliğ oluna-
bileceği hakkında vekâletnamedeki sarahatı nazarı itibara alarak tebli-
gatın yolunda yapılmış olduğuna karar vermiştir. Tebarüz ettirmek
gerekir ki bu gerekçe 1939 senesi kararının şumulünü bir hayli daralt-
makta, icra emrinin vekile tebliğ edilebilmesini vekâletnamenin bu hu-
susta tasrihat ihtiva etmesi şartına bağlamaktadır. Başka bir deyişle bu
karar çerçevesinde kalmak iktiza ederse vekâletnamede vekile icra emir-
lerini tebellüğ mezuniyeti sarahaten verilmedikçe ona icra emirlerini teb-
liğ etmek imkânı bulunmayacaktır. Halbuki bu netice 62 nci maddemizin
metni ile kabili telif bulunmamaktadır. Filhakika 62 nci madde bu bapta
ayrıca vekâletnamede sarahat bulunmasına lüzum göstermedikten başka
davayı takiple tavzif kılınmış vekilden usulî muameleleri ve icra zımını-
daki tebligatı tebellüğ etmek salâhiyetinin nez'edilemeyeceğini kesin bir
şekilde ifade etmiştir. Nitekim 62 nci madde aynen şöyledir: «Kanunen
salâhiyeti mahsusa itasına mütevakıf hususlar müstesna olmak üzere
vekâlet hüküm katiyet kesbedinceye kadar davanın takibi için bilûmum
muameleleri ifaya ve hükmün icrasına ve masarifi muhakemenin tahsili
ile bundan dolayı makbuz itasına ve kendisi aleyhine de işbu muamelâtın
kâffesinin ifa edilebilmesine mezuniyeti mutazammındır. İşbu mezuniyeti
takyit edecek bütün kayıtlar diğer taraf indinde gayri muteber addolunur».

Netice itibarile 1946 senesi kararının verdiği hal tarzını meşru gös-
termek için vekâletnamenin münderecatına dayanmak lüzumunu duyma-
ması 1939 senesi kararına nazaran bir terakki teşkil eder. Hattâ 1946 ka-
rarının ifade tarzından tebliğ ve tebellüğ mezuniyetinin ancak istifa ile
(ve bittabi azil ile, yani temsil münasebetinin hitam bulması ile) kaldırıla-
bileceği anlaşılmaktadır ki bu kaziyeyi böylece kabul etmek bize de zarurî
gözüküyor. Gerçekten 62 nci maddenin son fıkrası bir davada verilmiş
vekâletin ve temsil salâhiyetinin asgari bir muhtevası olduğunu saraha-
ten beyan ettiğine göre bu muhtevanın fertlerin arzusile daha ziyade da-
raltılması mevzuubahs olamamakta yalnız ve ancak vekilin veya müvek-
kilin doğrudan doğruya temsil salâhiyetine bir kül olarak nihayet vermesi
mümkün bulunabilmektedir.

Yargıtay tahlilini yapmakta olduğumuz kararında tebellüğden çekin-
me keyfiyetinin ancak istifa ile tahakkuk edebileceğini ifade etmiş ol-
makla 62 nci maddenin zarurî neticelerini kabul etmiş gözüküyor ki bu
suretle Yüksek Mahkememizin kararını haddizatında 62 nci maddeye is-
tinat ettirmiş olduğunu söylemek de zannımızca imkân sahasına girmiş
oluyor.

II. — Bu neticeye vâsil olduktan sonra iki sual ile karşılaşmak ka-

bildir? Acaba Yargıtayın bir hayli tereddütlerden sonra vermiş olduğu bu hal tarzı istikbal için müstakar bir mahiyet arzedecek midir? Saniyen kanun metni bakımından yerinde gördüğümüz bu hal tarzının pratik icaplara uygunluk derecesi nedir? İhtimal bu ikinci suale verilecek cevap bizi birinci soru bakımından da tenvir edecektir.

Sayın Ordinaryüs Prof. Belgesay 62 inci maddenin bizim anladığımız şekilde tefsirine muarızdır; «mezkr madede dava vekili aleyhine hasıra tarafından bu muamelelerin yapılabileceği yazılıdır. Fakat kanun mucibince vekilin salâhiyeti hüküm katiyet kesbedinceye kadar mevcut olduğu için borçlunun mahkemede davayı takip etmiş vekiline yapılacak icra tebligatı muteber adedilemez» diyor⁶. Halbuki öyle sanıyoruz ki kanun 62 inci maddesinde hüküm katiyet kesbedinceye kadar ibaresini davanın takibi için gereken muamelelere muzaf olarak kullanmış ve hükmün icrası keyfiyetini hüküm katiyet peyda edip etmemesinden müstakil bir şekilde tanzim etmiştir^{6a}. Kanunun lâfzi tefsirinden bu mâna çıktığı gibi ruhu itibarile de aynı mânayı taşıdığını kabul etmek muvafık olsa gerektir. Çünkü kanunda «hükmün icrası» ve «kendisinin aleyhinde de işbu muamelâtın kâffesinin ifa edilebilmesi» ibarelerini değerlendirmek bu ibareleri hüküm tevlit edecek surette tefsir etmek zarureti aşıkârdır. Böyle olunca hiç olmazsa hükmün katiyet peyda edene kadar vekil aleyhine icra tebligatının yapılabileceği neticesine vasıl olunuyor. İcra bakımından vekile tebellüğ mezuniyeti tanınmış bulununca bunu hükmün katiyet iktisap etmesinden sonraki vaziyete de teşmil etmemek için rasyonel bir sebep yoktur. Bahusus ki biraz evvel tebarüz ettirdiğimiz üzere kanunun lâfzi esasen hükmün tenfizi zavîyesinden hükmün katiyet peyda edip etmemesi yolunda bir tefrikin yapılmasına cevaz göstermemektedir.

Bu tefsir tarzına karşı vaki itirazları bu suretle karşıladıktan sonra şimdi bu noktâi nazarın şümül sahasını tayin ederek hakiki ihtiyaçlara uygunluk derecesini tayine çalışalım.

Evvelâ tebarüz ettirmek gerekir ki vekile karşı hükmün icrasına gidilebilir demenin belki sadece tek bir mânası vardır ki o da hükmün cebren icrası için bu bapta borçluya tebliğ edilmesi gereken icra emrinin borçluyu o davada temsil etmiş vekiline tebliğ olunabileceğidir. Yoksa haciz vazedildikten sonra İcra ve İflâs kanununun gerekli kıldığı tebligatın ve bu cümleden olmak üzere evvel emirde haciz keyfiyetinin 103 üncü maddede mucibince gereken tebliği bizzat borçlunun şahsına yapmak iktiza eder.

6) Belgesay, İcra ve İflâs Hukuku, cilt I, sah. 86.

6a) Maddede bilûmum muameleleri ifaya ibaresinin diğer ibareden (ve) edatı ile ayrılmış olması bu görüşü teyit eder.

Çünkü malların kabili haciz olup olmadığını takdir edecek mevkide bulunan kimse bu malların dahil olduğu mamelek içindeki nisbet ve işgal ettiği yeri bilen şahıs yani bizzat mamelek sahibidir. Vekilin müvekkilinin mameleği hakkında bilgi sahibi addolunmasını kanunî bir faraziye halinde kabule imkân olmadığı aşikârdır. Demek oluyor ki 62 inci maddeden maksat hükmün icrası iradesinin - ki cebri icranın mütekaddim bir şartı olarak gözükmektedir - borçlunun davada kendini temsil etmiş vekiline tebliğ olunabileceğinden ibarettir. Yani 62 inci maddeyi sadece cebri icraya tekaddüm eden ve cebri icrayı ezcümle haczi mümkün kılan icra emrinin tebliği safhasına hasrediyor ve haciz tahakkuk ettikten sonra haczin ve müteakip formalitelerin tebliğ muamelesine şâmil saymıyoruz. Burada ayrıca tavzih etmek gerekir ki İcra ve İflâs kanununda derpiş edilmiş cezaî müeyyidelerin tatbiki de tabiatile bu hususta gereken ihtarin bizzat borçlunun şahsına yapılmasına mütevakıf bulunmaktadır. Demek ki mal beyanında bulunmayan bir borçlunun hapisle tazyik edilmesi ancak icra emrinin bizzat ona tebliğ edilmesi halinde mevzuubâhs olabilir. Filhakika ceza hukuku prensipleri bu yolda tefsiri zarurî kılmaktadır.

Netice itibarile 62 inci maddenin hükümlerini icra ve İflâs kanununun hükümlerile ezcümle 24 ve 32 inci maddesindeki hükümlerle — bu esaslar dahilinde — telif etmek gerekir. Aksi takdirde İcra ve İflâs kanununun H.U.M.K. nun 62 nci maddesinde bahsi geçen hükmü zımnen ilga ettiğini kabul etmek gerekecektir ki bu tarzda bir tefsir tarzına şimdiye kadar ne jürisprüdans ve ne de doktrinde tesadüf edilmediği gibi bu ne zaruret de yoktur. Zira muhtelif kanun hükümlerinin telif edilebilmeleri imkân dahilinde bulunduğu müddetçe tercihan bu yolda tefsir edilmeleri umumiyetle kabul edilmiş hukuk kaidelerindedir.

Esasen 62 inci maddeye tebarüz ettirdiğimiz veçhile asgarî bir muhteva vermekle iktifa edilecek olursa vekile yapılacak tebligattan tevellüt etmesi muhtemel mahzurlar aşağı yukarı tamamen bertaraf edilmiş olacaktır. Evvelâ vekilin müvekkilini icra emrinden haberdar etmemesi ihtimalini fazla izam etmemelidir; çünkü müvekkiline karşı bu takdirde mesul olabilmesi onu bu ataletten çok defa alıkoyacaktır. Binaenaleyh vekilin müvekkiline karşı mesuliyeti vekile yapılacak tebligatın bir çok ahvalde müvekkile filen mihanikî bir tarzda akis etmesini intaç edecektir. Diğer cihetten evvelâ icra emrine karşı itiraz sebeplerinin mahdut olması ve saniyen bunların bir müddetle mukayyet olmıyarak icra neticesine kadar dermeyan edilebilmesi ⁷⁾, ve nihayet biraz evvel tafsil ettiği-

7) 5/5/1938 tarihli Yargıtay kararı bu ciheti açıkça tebarüz ettirmektedir. Bakınız: Abdullak Aytemiz s. 7.

miz üzere icranın müteakıp safhalarında gereken tebligatın müvekkilin şahsına yapılması lüzumu 62 inci maddenin yaptığımız şekildeki tefsirinden çıkabilecek bilcümle mahzurları geniş miyasta bertaraf etmektedir. Buna mukabil bu tefsir tarzının şu faydası olmaktadır ki tebligatın müvekkilden ziyade vekile kolaylıkla yapılabileceği bilcümle hallerde bu imkânın alacaklıya verilmesi ile haczin bir muhafaza tedbiri olarak daha kolaylıkla alınması temin olunmakta ve uzun sürebilecek bir tebliğ muamelesi sırasında malların kaçırılması gibi tehlikelerin önlenmesi imkân dahilinde girmektedir.

Vakıa bu gibi haller için kanunumuz ledelhace tebliğ lüzumundan sarfınazar olunacak şekilde ihtiyatî haciz müessesesini kabul etmişse de vekile kolaylıkla yapılabilecek bir tebliğ neticesinde doğrudan doğruya haciz muamelesine gitmek daha pratik daha basit ve daha tatminkâr bir hal suretidir.

Velhasıl yüksek mahkememizin ahiren vâsıl olduğu hal çaresi nazari ve pratik icaplara uygun bulunmaktadır. Bu itibarla jürisprüdans'ın az çok tereddüt ve ivicaclardan sonra dahil olduğu bu yolda ilerde de ısrar edeceğini tahmin etmekteyiz. Şimdi buraya kadar yazdıklarımızı hülâsa etmek gerekirse icra emrinin bizzat borçluya olduğu kadar davayı takip etmiş vekile tebliği muteberdir. Ancak borçluya tebliğ daha şümüllü neticeler husule getirmekte ve ledelhace kendisine bazı cezaî müeyyidelerin tatbikini dahi mümkün kılmaktadır. Vekilin icra emrini tebellüğden imtina edebilmesi için vekâletten hasma karşı hüküm tevhit edecek şekil ve surette istifa etmiş olması şarttır.

III. İcra emrini tebellüğden imtinam ancak vekil ile müvekkil arasındaki temsil münasebetine nihayet vermek suretile kabil olduğunu tebarüz ettirmiş bulunduğumuza göre bu vadide ödeme emirlerinin icra emirlerine nazaran arzettiği hususiyeti açıklamak münasip olacaktır. Evveleminde borçlunun umumî vekâletini haiz olan bir avukata borçluya izafeten tebliğ edilecek bir ödeme emrinin hukukî netice husule getirip getirmediği üzerinde tereddüt edilebilirse de bu hususta gözönünde tutulması gereken cihet hiç şüphesiz ki vekâletnamenin mündericat ve muhtevasıdır. Eğer müvekkil kendi aleyhine açılacak davalar ve yapılacak icra takiplerinde kendisini temsil salâhiyetini vekiline vermiş bulunuyorsa ödeme emrinin müvekkile izafeten vekile tebliğ olunması esas itibarile muteber sayılmak icap edecektir. Fakat burada hususiyet arzeden nokta şudur ki vekil *temsil salâhiyetine nihayet vermek mecburiyetinde olmaksızın ödeme emrini tebellüğden imtina yetkisine maliktir*. Bu cihet Federal Mahkemenin 16 Kasım 1943 tarihli kararında gayet güzel bir şe-

kilde belirtildiğinden kendimizden pek az şey katarak bu kararda açıklanmış olan esasları buraya aksettirmeğe çalışacağız⁸. Hakikaten denilebilir ki temsil münasebetini tesis eden vekâlet akdi vekil ile müvekkil arasında olup bu akit üçüncü şahıslara karşı ancak âkitlerin istimal ettikleri nispette mevcuttur. Yani vekil bu vaziyet dahilinde müvekkilini temsile icbar edilemez. Halbuki 62 nci maddede temsil münasebeti mevcut oldukça vekil davanın zarurî kıldığı muameleler cephesinden ve aynı zamanda kanunda ayrıca zikredildiği için istihsal edilen hükmün icrası bakımından müvekkilini temsile mecbur tutuluyor. Zira 62 inci maddenin istihdaf ettiği vaziyetlerde temsil münasebetinin üçüncü şahıslara karşı tesir sahası kanunun âmir (impératif) hükümlerile katî olarak tesbit edilmiş bulunmaktadır. Ödeme emrinin tebliği keyfiyetinde ise vekil aradaki temsil münasebetine nihayet vermeden yani vekâletten istifa etmemek müvekkilini temsil edip etmemek ödeme emrini onun namına tebellüğ edip etmemek hususunda tam bir takdir hakkını haizdir. Filhakika aradaki vekâlet akdi kendisini ancak müvekkiline karşı mesul tutmakta ve kendisine onun menafiine göre hareket etmek vecibesini tahmil eylemektedir. Federal Mahkemenin gayet vazih bir şekilde tebarüz ettirdiği gibi eğer vekil müvekkilinin menafiini ondan almış olduğu temsil salâhiyetini istimal etmemekte görür ise temsilden sarfınazar eder. Tabiidir ki bu hakkı takdirini yanlış ve isabetsiz bir şekilde kullansa bile bu vaziyette yalnız müvekkiline karşı mesul olur. Yoksa alacaklı üçüncü şahsın vekili — müvekkilinin menafii icap ettiriyor iddiasile — vekâletnamesini istimale yani müvekkilini temsile icbar etmesi mevzuubahs olamaz.

Bu prensiplerin müşahhas bir misale tatbikini görmek istersek Federal Mahkemenin 16/XI/1943 tarihli kararına mevzu teşkil etmiş olan hâdiseyi ele alabiliriz. Kleinvort Sons, Berlin AEG şirketi aleyhine 360.000 franklık bir ihtiyatî haciz kararı alıyor. Ödeme emri Almanyada tebliğ edilemiyor. Fakat — ilânen tebligatı İsviçre hukuku bakımından muhik gösterecek sebepler hâdisede toplanmadığı için — ilân suretile tebligatın ifası cihetine gitmek mümkün olmuyor. Bunun üzerine alacaklı borçlunun avukatına ödeme emrinin tebliğini istiyor. Borçlu avukatını (bir haczi ihtiyatî hakkında Kleinvort Sons işinde hareket etmek üzere) tevkil etmişti ve vekâletnamesinin matbu metninde ayrıca şu tasrihatta bulunuyordu: «Müvekkilini bütün kazai ve idari mercilerde temsil etmek gereken kanun yollarına müracaat etmek lâzım gelen icra takiplerine başlamak veya devam etmek bir kelime ile umumî bir vekil sıfatile hareket

8) Karar için bakınız: RO 69. III 82. JdT. 1944, 2. 72.

etmek»... Esasen avukat da bu vekâletnameye müsteniden şikâyet yolile muhtelif müracaatlerde bulupmuştu.

İcra dairesi ödeme emrini avukata tebliğ etmek istemişse de avukat müvekkilinin kendisine vermiş olduğu hususî talimatta ödeme emirlerini tebellüğden meneylemiş olduğunu ileri sürerek kabul etmemiş ve icra dairesi tebligatın yapılmamış olduğuna karar vermiştir. İşte bu karar muvacehesinde alacaklı kanton mercilerine yaptığı müracaat redle karşılanınca Federal Mahkemeye başvurmuş ise de kararın nakzı talebi İsviçre Yüksek Mahkemesince kabul edilmemiştir.

Federal Mahkemenin bu hâdisede dokunduğu enteresan noktaları şu suretle tesbit edebiliriz: Kanton mercii vekilin yalnız takiplerde bulunmağa mezun olduğunu yoksa aleyhine yapılacak icra muamelâtını kabule yetki vermediğini kabul etmişse de Federal Mahkeme bu mülâhaza ile meselenin halledilemeyeceği kanaatinde dir. Vekâletnamenin haczi ihtiyatı işini tahsisen zikretmiş olması bu haczi takip edecek muamelelerde avukatın temsil yetkisinin bulunabileceği mânasının çıkarılmasına daha ziyade müsait bulunmaktadır. Sonra avukatın istinat etmek istediği sebep de yani ödeme emirlerini tebellüğden hususî talimat ile menedilmiş olduğu keyfiyeti de Yüksek Mahkemece halli mesele için kâfi ve makul bir sebep görülmemiştir. Çünkü üçüncü şahıslar temsil salâhiyetinin şümül ve sınırlarını çizen vesikaya istinat edebilirler ve aynı şekil içinde ifadesini bulmamış tahditler kendilerine ayrıca bildirmedikçe onlar için hüküm ifade etmez. İşte Federal Mahkeme gerek Kanton mercii gerek borçlu vekili tarafından dermeyan edilen gerekçeleri bu suretle kenara attıktan sonra şu noktayı ısrarla tebarüz ettiriyor ve diyor ki «vekil vekâletnamenin hususî bir şekilde tahdit edildiğini ileri süremezse de buna mukabil bu vesika ile ihticaç edip etmemek tamamen kendisinin takdirine kalmış bir şeydir. Eğer vekâletnameyi kullanmak istemezse o zaman müvekkilini temsil etmekte olduğu iddia edilemez. ... Evvelce mezkûr vekâletnamenin muhtelif vesilelerle hattâ bu şikâyet dolayısıyla avukat tarafından istimal edilmiş olması da haizi tesir değildir. Kelimenin hakiki ve dar mânasile takip hukuku prosedüründe (usulü muhakemesinde) avukat müvekkilini temsil eylemekten daima içtinap edebilir⁹. ... Avukatın mücerret vekâleti umumiyeyi haiz olması İsviçre İcra ve İflâs Kanununun 66 ncı maddesinin kastedtiği mânada takip hukukuna ait muameleleri kabule kendisine yetki vermez. Ya avukatın tebligatı kaydı ihtirazi dermeyan etmeden kabulü veya gerek avukatın veyahut gerek müvekkilinin bu şekilde yapıla-

9) Tabii Türk Hukuku için H. U. M. K. nun 62 nci maddesinde dermiş ettiği vaziyet mahfuz kalmak şartile.

cak bir tebliğ muamelesini alacaklıya veya icra dairesine yapacakları bir beyanla muteber saydıklarını sarahaten bildirmeleri halindedir ki tebligat muteber bir surette yapılmış addolunabilir.» Bütün bunları bir formül ile hülâsa edersek *vekâletname ile müvekkili namına ödeme emrini kabule sarahaten veya zımnen mezun kılınmış bir avukat kendisine yapılan tebliği reddetmediği takdirde müvekkili namına tebligatın muteber bir şekilde yapılmış olduğunu kabul gerekecektir.*

IV. — Bu formülü avukatlar için kabul edebilirsek ticarî mümessillerin hususî bir rejime tâbi bulduklarını tebarüz ettirmek gerekir. Borçlar Kanununun 449 uncu maddesinin tetkikinden de anlaşılacağı üzere ticarî mümessil imzasını kullanmağa mezun kılındığı müesseseyi üçüncü şahıslara karşı daimî olarak temsil etmek vaziyetindedir. Onun temsil vaziyeti avukatın gibi ârizî ve işin icaplarına tâbi değildir. Tüccar mümessiline tanılan temsil salâhiyeti objektif bir varlık arz etmektedir. Tâbiri âhirle onun bu temsil salâhiyeti ticaret siciline aksetmek zaruretinde olması itibarile âdeta temsil edenle edilenin iradesinden ayrılmakta, hariçleşmek suretile müstakil ve kendi kendine yeten bir mahiyet göstermektedir. Hattâ öyle ki Ordinaryüs Profesör Hirsch'in bir tâbiri veçhile¹⁰ temsilin burada şahıstan ziyade makama merbut olduğunu söylemek kabildir. Ticarî mümessillerin husumeti tevcihe ve kabule yetkili oldukları üzerinde tereddüt aşağı yukarı caiz değildir. Filhakika bu müessesenin alınmış olduğu Alman hukukunda mümessillerin dava hakkı sarîh olarak tebarüz ettirildiği gibi¹¹ Borçlar Kanununun tarzı tedvininden aynı neticeye ulaşmak kabildir. Filhakika 450 nci maddenin hükmü dava hakkını betahsis zikretmemiş olmakla beraber «müessesenin gayesine dahil olan bilûmum tasarrufları yapmağa» mümessiller salâhiyetli sayılmış ve bu kadar geniş tutulmuş bir formülün içine bittabi kazaî mercilere müracaat yetkisi de dahil bulunmuştur. Sadece gayrimenkullerin ferağı yetkisi kendilerine verilmemiştir ki bu takyidin mefhumu muhalifinden çıkarılacak hüküm de biraz evvel umumî prensipten istihraç ettiğimiz neticeyi de teyit edecek mahiyettedir. Keza 453 üncü madde tüccar vekillerini ticarî mümessillerden farklı olarak muhakeme ve mürafaa salâhiyetini ayrıca mezun kılınmadıkça haiz olamayacaklarını belirtmiştir. Bu hükmün mefhumu muhalifi de yine bizi aynı neticeye îsal etmektedir. Muhalif hükümden çıkarılan netice umumî prensibi teyit ettiği için hukukan bittabi kıymeti haizdir. Velhasıl ticarî mümessillerin işlerinin istilzam ettiği hu-

10) Hukukî Bilgiler, cilt 12, sah. 7338-49.

11) Ordinaryüs Profesör Bilgisin, Ticaret Hukuku Prensipleri 1948, sah. 316.

suslarda ödeme emrini tebellüğe mecbur buldukları hakkında tereddüt etmemek lâzımdır. Bilâkis 453 üncü maddenin bahsettiği tüccar vekillerine prensip itibarile ödeme emrinin tebliği caiz değildir¹².

Bu noktâi nazarın bir neticesi de temsil salâhiyeti verilmeksizin bir kimsenin mümessil olarak hareket etmesi ve bundan böyle sadece üçüncü şahıslara karşı mevcuiyeti iddia olunabilecek (harici temsil - Procuration externe) vaziyetlerinde de ödeme emrinin bu kabil mümessillere tebliği caiz görülmemektedir¹².

Bu bahsi bitirmeden önce ticarî mümessillerin vaziyetine, tüccar memurlarını da teşbih etmek gerekir. Tüccar memurlarının esasen lehde ve aleyhte husumet salâhiyeti Ticaret Kanununun 95 inci maddesile musarrah bulunmaktadır. Binaenaleyh bunlar aleyhine de yapmış oldukları muamelelerden dolayı kaideten dava açmak veya doğrudan doğruya ilâmsız icra yoluna giderek kendilerine ödeme emirlerini tebliğ etmek caizdir. Ve bu takdirde tüccar memurunun — bir avukatın yapabileceği gibi — ödeme emrini tebellüğ etmekten imtina yetkisi mevcut değildir. Tüccar memurlarının ticarî mümessillere nazaran arzettiği fark salâhiyet hudutlarının temsil salâhiyetini veren şahıs tarafından tahdit edilebilmesidir (Bilgişin, sah. 323).

Vaziyeti hülâsa edecek olursak icra emirleri davayı takip etmiş avukata bu avukat vekâletten hasmına karşı hüküm ifade edecek şekil ve surette istifa etmiş olmadıkça muteber bir şekilde tebliğ edilir. Keza ödeme emirleri temsil ettikleri müessesenin muamelâtına ait olmak şartile ticarî mümessillere veya tüccar memurlarına, bu sıfat üzerlerinde bulunduğu müddetçe muteber bir şekilde tebliğ olunur. Nihayet ödeme emirleri bir kimsenin unumî vekâleti haiz olan bir avukata ancak avukatın tebligatı reddetmemesi şartile muteber bir surette tebliğ olunabilir.

I. E. P.

* * *

12) Bu mealde olmak üzere 22 Nisan 1943 tarihli Federal Mahkeme kararı (J. d. T. 1944.2.6) Jäger aksi kanaattedir. Cilt I, sah. 168; Harici temsil hakkında fazla izahat için bakınız: Von Tuhr, sah. 291.

III

Eser tahlil ve tenkitleri

Ord. Profesör İsmail Hakkı Uzunçarşılı: *Osmanlı Devletinin Saray Teşkilâtı* (Türk Tarih Kurumu yayınlarından, VIII. seri, No. 15, Ankara 1945), 581 sayfa.

Türk Tarih Kurumu Üyesi, Balıkesir Milletvekili Ord. Prof. İsmail Hakkı Uzunçarşılı, «Osmanlı Devleti Teşkilâtına Medhal»¹ ve «Osmanlı Devleti Teşkilâtından Kapukulu Ocakları»² eserlerini takiben, gerek âmme hukukumuz gerekse hukuk tarihimiz bakımından üzerinde önemle durulması gereken esasları muhtevi şümüllü bir eseri daha yayınlamış bulunmaktadır. «Osmanlı Devletinin Saray Teşkilâtı» başlığını taşıyan bu eser hakkında objektif tarih mülâhazaları serdetmek vazife ve plânımız dışında kalmakla beraber, 1945 yılının son aylarında intişar sahasına girmiş olan bu eserde hukukçunun da arayabileceği hayli bilgi mevcut bulunduğunu belirtmek lâzımdır. Eser üzerinde hukukçu gözile yapılacak inceleme neticesi elde edilecek bilgiler ve esaslar hususî hukuk sahasında olduğu kadar, âmme hukuku ve bilhassa Türk Hukuk Tarihi bakımlarından da gayet mühim addolunabilir. Zira, tarihin büyük bir imparatorluğu, hangi kaidelere intibak ile hangi devletlere vâris olmuş ve bu bakımdan hangi teamülleri devam ettirmiştir? Eserde bu sorunun cevabı aranabilir; ayrıca bizzat Osmanlı İmparatorluğu ne gibi teamüller ihdas etmiştir, teokratik bünyesini ne gibi teamül ve sembollerle ifadelendirmiştir? Bu soruya da cevap verilebilir. Ve yine, Saray denilen büyük müessesenin de imparatorluk idaresinde ve idarecilerini yetiştirmesinde rolü nedir? Bu sorunun cevabı sayın tarihçinin tezi ile beraber mevcuttur, ve aynı cevabın araştırılması bize Osmanlı İmparatorluğunun büyük bir devresi zarfındaki siyasî ve askerî personel problemi hakkında malûmat sunacaktır.

I — Eserin muhtevası:

Eser dört bölüme ayrılmıştır: *Birinci bölüm: Osmanlı padişahlarının*

1) Türk Tarih Kurumu yayınlarından, VIII. seri, No. 10, İstanbul 1941.

2) Cild I (Türk Tarih Kurumu yayınlarından, VIII. seri, No. 121, Ankara 1943) *Acemi Ocağı ve Yeniçeri Ocağı* - cild II (Türk Tarih Kurumu yayınlarından, VIII. seri, No. 122, Ankara 1944): *Cebeci, Topçu, Top arabacıları, Humbaracı, Lâfımcı Ocakları ve Kapukulu Suvarileri*.

sarayı. 4 kısma ayrılan bölümde, bizi bilhassa 2, 3 ve 4 üncü fasıllar alâ-kadar etmektedir.

İkinci bölüm: Saltanat şiarından olan bazı merasim ve usul. İki fasla ayrılan bu bölümün, her faslında âmme hukuku zaviyesinden önemli hususları takip etmek mümkündür. Nitekim Osmanlı padişahlarının cülûslarına müteallik usul ve merasim, sultan tâbiri, tuğralar, ferman, Biti, Berat gibi muhtelif vesikalar ve hukuk kaynakları, ahitname ve fetihnâmeler bu bölümde izah edilmiştir.

Üçüncü bölüm: Sarayın Enderun taksimatı ve vazife sahipleri. Bölümün tek faslını teşkil eden her iki kısımda da bilhassa idareci sınıfın yetiştirilmeleri ve muhtelif memuriyetlere intisap şart ve kaideleri açıklanmaktadır.

Dördüncü bölüm: Sarayın Biyrun halkı ve vazifeleri. Dört fasla ayrırlı bölümde, âmme hukukumuzun inkişaf safhalarını, hukuk tarihimizi doğrudan doğruya ilgilendiren muhtelif esaslar mevcuttur.

Eserde müellifin önsözü (s. 1-5), üç şekle mufassal bir indeks (s. 515-575) ve bir bibliyografya listesi (s. 575-585), saray teşkilâtına ait resim ve vesika fotoğrafları da mevcuttur. Ayrıca sayın profesörün uzun çalışma mahsulüne ilâve ettiği «Netice» de (s. 513-515) üzerinde dikkatle durulacak mahiyettedir.

II — Eserin hazırlanması ve gayesi:

Prof. Uzunçarşılı'nın «Türk Tarihinin Ana Hatları» müsveddelerini okuyanlar³ böyle bir eserin hazırlık safhasını zaten anlamış bulunuyorlardı, bu bakımdan eserin neşri bir sürpriz olmamış bilâkis söylediğimiz gibi, büyük bir boşluğun doldurulmasını ifade etmiştir. Bu durumu bizzat müellif de önsözünde bildirmektedir. Filhakika «Osmanlı tarihine dair gerek lisanımızda ve gerek yabancı dillerde bir çok eser yazılmıştır... Eğer bir mütetebbi bu Osmanlı tarihlerini okuyacak olursa üç kitaya yayılmış olan bu muazzam imparatorluğa ait pek sathî ve bir kısmı da noksan ve yanlış malûmat sahibi olur; yabancı dillerde yazılmış olanların pek çoğunun mütalâaları ise indî tahliller ve garezkârane muahaze ve tenkitlerle dolu olarak görülür» (s. 1). Müellif bu büyük noksanı telâfi azmindedir, zira Mansurîzade Mustafa Paşanın *Netayicülvukuatı*, bu vâdide yazılmış tek eser olmakla beraber tam değildir (s. 1). «Asırlardan beri İslâmiyeti kabul etmiş ve Müslümanlığa pek büyük hizmetlerde bulunarak Alemdarlık yapmış olan biz Türklerin aradan bin üçyüz küsur

3) «Türk Tarihinin Ana Hatları» eserinin müsveddeleri (Seri III, No. 14).

sene geçmiş olmasına rağmen elimizde henüz etraflı bir İslâm tarihi bulunmadığı gibi Türk olmamıza rağmen bir Türk tarihi de yazamadığımız gözönüne getirilecek olursa tarihte en şerefli mevkileri bulunan Türkleri bu hususta ne kadar ihmal edilmiş olduğu hayret ve esefle görülür» (s. 1-2). Bu his ve mülâhazadan hareketle ki, müellif Türk Tarih Kurumunun istikbale şâmil eserine kendi taşını taşımakta ve bu yolda nazarlarımızı üzerinde teksif ettiğimiz eseri yazmış bulunmaktadır. Daimi bir tevazu ve samimiyetin çevrelediği sade üslûpla yazılmış olan «Osmanlı Devletinin Merkez Teşkilâtı iki cilt halinde Tanzimata kadar yazılmış olup birinci cilt olarak bu saray kısmı hazırlanarak» neşredildiğini bizzat sayın müelliften öğrenmekteyiz (s. 5). Biz eser üzerindeki tahlilimize âmme hukuku ve hukuk tarihimiz zaviyelerinden teşebbüs etmekteyiz.

III — Osmanlı İmparatorluğunda, eski Türk ve İslâm Devletlerinden intikalen devam ettirilen esaslar (Süreklilik meselesi).

Devlet denilen varlığın, daima kendi teessüsüne mukaddem bir zemin üzerinde yükseldiği ve tarihin isbat ettiği veçhile teessüs ettiği muhitin irki, harsî ve medenî iktisaplarla karıştığı ve bu bakımdan bir terkip ifade ettiği gözden irak tutulmadığı takdirde, yeni bir Devletin kendisinden evvel tarihî seyirleri doldurmuş diğer devletlerden pek çok hususlar iktisap edeceği anlaşılır. Bu bakımdan, bir devlet maddî ve mânevî cep-helerini, bünyesini vücuda getirmek için ülkesi üzerinde yerleştiği diğer devlet veya devletlerin muhtelif teamül ve kaidelerinin vârisidir. Kendine hâs kaide ve teamüller vazetse dahi bu durum yine bahis mevzuu olmaktadır.

Bu bakımdan Osmanlı İmparatorluğunu tetkik edelim. Osmanlı İmparatorluğunun benimsediği, «devir aldığı» teamül ve kaideler ve bunları ilga suretile veya doğrudan doğruya ihdas ettiği teamüller de vardır, ve bunların hepsi kurduğu nizamın rükünleri addolunabilir.

1 — Osmanlı İmparatorluğunda meriyetini muhafaza etmiş bulunan eski teamüllerden bazıları:

Bu teamüllerin bazılarını Profesör Uzunçarşılı'nın eserinde bulmak mümkündür.

a) *Memleket, hükümdar ailesinin müşterek malıdır* (s. 50). Bu prensip Osmanlı değil, eski Türk, Oğuz an'anesidir. Yalnız hakikaten kadim bu kanunda, Osmanlılar bir tâdil vücuda getirmişlerdir⁴.

4) Bk. s. 411, 412.

b) *Osmanlı padişahlarının başkumandan, oğullarının da icabında bu ordunun cenah kumandanları bulunmaları* (s. 144-145) eski Türk devletlerinden müdevver bir an'anedir. Fakat bu usul de tâdile maruz kalmış, hattâ ilga edilmiştir⁵.

c) Padişah cülûslarının merasimle yapılıp, biatin (bilfarz padişah ölü padişahın cenazesi dahi gaslolunmadan) hemen o gün icrası eski ve islâmi bir teamüldür (s. 187).

d) Padişahların kılıç alayları, kılıç kuşanmaları (taklid-i seyf) İslâmdan müntakil bir teamüldür (s. 189).

e) Padişahı alkışlamak (alkış Divan-ı Lûgat-it-Türk'de dua, sena demektir) bütün Türk devletlerinde mer'î bir an'ane idi, Büyük Selçukîlerde ve Anadolu Selçukîlerinde Serhenk denilen çavuşların alkış yaptıkları görülmektedir (s. 212).

f) *Bizzat Sultan tâbiri sünni İslâm teamüllerinden maduttur, ve Osmanlı İmparatorluğuna bu suretle iptikal etmiş bulunmaktadır.* Bu kelime, Suryaniceden alınmıştır ve iktidar, hâkimiyet, celil ve bürhan mânalarını ifade etmektedir (s. 230). Her ne kadar, Osmanlıların henüz beylik kurdukları zamanlarda sultan ünvanını kullandıkları görüldüğü ise de (s. 232), sarîh kayıtlar neticesine göre, ilk Osmanlı hükümdarları Abbâsî Halifesi tarafından verilen menşur ile değil, fakat kılıçlarının hakkı (fetih hakkı) olarak «sultan olmuşlar ve bu unvanı halefleri de devam ettirmişlerdir» (s. 233).

g) *Padişahların tuğraları, çok eski bir Türk hükümdarından, Oğuz Handan müntakildir.* Fakat bu husus henüz rivayet mahiyetini muhafaza etmektedir. Bununla beraber tuğrayı Büyük Selçukîlerde, Anadolu Selçukîlerinde, Anadolu Beyliklerinde, Memlûklerde ve nihayet Osmanlılarda görmekteyiz. «*Osmanlılarda tuğra, padişahın ismini havi alâmeti, imzası demektir*» (s. 237). Müellif daha ileride, ilk tuğranın Orhan Beyde görüldüğünü bildirirken, «tabii bunu diğer Anadolu beylikleri gibi Anadolu beyliklerinden almıştır» (s. 238) diyerek Osmanlı İmparatorluğunu bu bakımdan Selçuklara bağlamış bulunmaktadır.

ğ) *Ferman mânasına gelen Yarlıç da, Mogolları şubeleri diğer hanlıklardan, İlhanîler vasıtasile Anadolu Selçukîlerinden, Karakoyunlu ve Akkoyunlulardan gelme, nadiren Memlûklerde istimal edilmiş bir ibaredir.* Osmanlılara bu suretle intikal etmiştir ve pek taammüm etmemekle beraber, yine bir süreklilik ve müntakil bir teamül nümunesi addolunabilir (s. 283).

h) *Osmanlı İmparatorluğuna intikal eden sembollerden en eski men-*

5) Bk. s. 412.

şee sahip olanlarından birisi de muhakkak ki tuğ'dur. Eski Türklerde, Hint ve Çinlilerde mevcut bu hanlık ve beğlik alâmetini Türkler İslâmiyeti kabulden sonra da muhafaza etmişlerdir. «Başına at kılı takmak, at kılını beğlik ve hükümlerlik alâmeti olarak kullanmanın» çok eski bir teamül olduğunu söyleyen müellife göre (s. 2616), bu âdetin Çinliler ile eski Türk devletlerinden sonra Cengiz İmparatorluğunda, Anadolu Selçukîlerinde, Memlûklerde, Sumurilerde, Akkoyunlularda muhafaza ve idame edildiği tarihen sabittir (s. 261-262). Osmanlılarda hükümdarlık, vezirlik, beğlerbeğlik ve sancak beğliği gibi askeri vazife ve memuriyet alâmeti olan tuğ adedi bu makamların ehemmiyetine göre değişirdi (s. 262).

i) İmparatorluğun teokratik bünyesi bakımından da mühim role sahip bir sembol olan saltanat sancakları ve Sancağı Şerif de mühim teamüller halinde tecelli etmektedirler. Asıl saltanat sancağı olan Ak Alem'in (beyaz sancak) Selçuk hükümdarı tarafından verildiği Feridun Bey Münşeatına göre ileri sürülmektedir. Fakat Prof. Uzunçarşılı bu hususta şüphe beslemektedir (s. 240).

Sancağı Şerif'e gelince, rivayetlerin tehalüfüne rağmen, bu da Osmanlı İmparatorluğuna ithal edilen bir teamül ifadesidir. Siyah renkli ve Liva-i Saâdet adı verilen bu sancağın Mısırdan veya Şamdan getirildiği söylenmektedir (s. 248). Her hal ve kârda sancağın bilhassa İmparatorluğun dinî durumu bakımından büyük önemi vardır.

j) Padişahların annelerine *Mehd-i Ulya* veya *Valde Sultan* denmesi rivayete nazaran ilk defa Murad III. tarafından kullanılmış olmakla beraber, bazı Şark devletlerinde mevcut bir teamül idi (s. 154).

k) Saray dahilindeki bazı teamüllerde de, dışarıdan gelme tesirler sezilmektedir. Bilfarz Çavuş teşkilâtının, Selçukîler ile Memlûklerde görüldüğü, Yazıcızâdenin «Selçuknâme» sinden anlaşılmaktadır (s. 408, not 1). Şu halde bu teşkilât, Osmanlılara hâs değildir. Zaten Nizamülmülk'ün «Siyasetnâme» sinde bu kabil saray müstahdeminine temas edilmektedir. Diğer taraftan, *Şikâr ağaları* da, «eski Türklerin muharebe taklidi olarak av ile meşguliyetleri» nden kalma bir teamülün ifadeleleridir. Yine, *Peykler* de herhalde Selçukîlerden kalma bir teşkilât örneği olsa gerektir.

Bu suretle, Osmanlı İmparatorluğunun, eski Türk ve İslâm devletlerinden devren idame ettiği bazı esaslar, sembolik de olsalar Profesör Uzunçarşılı'nın eserinden istihraç edilebilmektedir. Sembollerin fikirlerin ifadesi olduğu malûm bulunmakla, bunun gerek âmme hukuku gerekse hukuk tarihi bakımlarından mühim mânaları vardır. Bilfarz, Fakültemizde, «Hukuk Başlangıcı ve Tarihi» kürsüsünü işgal etmiş bulunan Pro-

fesör Richard Honig, eserinde⁶, sembollere bir yer tahsis etmiş, Prof. Yavuz Abadan da bu önemi teyit etmiştir⁷.

Fakat, Türk, İslâm ve Osmanlı hukuklarında sembollerin önemi bu eserlerde kaydedilmiş değildir, böyle bir boşluk artık «Osmanlı Devletinde Saray Teşkilâtı»nın özlü muhtevasından edinilecek yardımla doldurulabilecektir.

IV — Osmanlı İmparatorluğunda teessüs eden bazı teamüller (*Devletin kendine hâs kaideleri meselesi*).

Bu teamüller süreklilik unsuruna nazaran bir devletin kendine hâs kaidelerinin tekevvününü ifade edeceklerdir. Bir devlet, ekildiği muhite intibak zaruretini ifade etmekle beraber, kendinin de bu muhite bazı tesirlerde bulunduğunu gösteren mahsul gibi, inkişaf ettiği muhitte kendini diğer devletlerden temyiz eden vasıflara sahip olmuştur, işte bu vasıflar muhtelif kaide ve teamüller halinde manzur olmaktadır.

Osmanlı İmparatorluğunda durum iki bakımdan mütalâa edilebilir. Evvelâ imparatorluk bizatihi kendine hâs kaideler vazetmiş, bunun için de eski kaide ve teamülleri ilga etmekten çekinmemiştir, saniyen kändisine intikal eden kaideleri tâdil ederek farklı fakat menşei yine ayrı teamüller vazetmiştir.

1 — *Osmanlı İmparatorluğunun başlangıcında tamamen kabul edip zamanla tâdil ettiği teamüllerden bazıları üzerinde duralım:*

a) Memleketin hükümdar ailesinin müşterek malı olduğu kaidesi tâdile maruz kalmış, mülke ve memlekete iştirâk bütün aileye değil, «yalnız hükümdar ve evlâtlarına hasredilmiştir; bu yeni kanun mucibince saltanata geçenler, kardeşlerini öldürerek anları hakiarından mahrum bırakırdı; daha sonraki tarihlerde şehzadelerin öldürülmesi kalkınca memleket yalnız hükümdarın malı ve tebaa da anın reayası addolundu» (s. 50). Görüldüğü gibi, tâdil çok mühim ve esasa mütealliktir.

b) Padişah tuğraları teamülünde de, Osmanlı hükümdarları bazı tâdillere tevessül etmişlerdir. I. Murad'dan itibaren bu tâdil ve ilâveler manzurumuz olmaktadır (s. 238-239).

6) Ord. Prof. Dr. Richard Honig: *Hukuk Başlangıcı ve Tarihi*, İstanbul 1935, s. 69-78.

7) Prof. Dr. Yavuz Abadan: *Hukuk Başlangıcı ve Tarihi*, İstanbul 1943, s. 107-111.

2 — *Osmanlı İmparatorluğunun benimsemiş olup da zamanla tâdil ve nihayet ilga ettiği muhtelif teamüller de mevcuttur, şöyle ki:*

a) Osmanlı padişahlarının başkumandan, şehzadelerinin de cenah kumandanları bulunmaları kaidesi tâdile maruz kalmış hattâ zamanla ilga edilmiştir. Padişah oğullarının sefere iştirak etmemeleri Kanunî Sultan Süleymanın oğlu II. Selim (Sarı) ahdinde başlamıştır. Bu suretle eski bir kaide büyük Osmanlı hükümdarı Kanunînin ölümüyle ilga edilmiş bulunuyordu. 1003 (Milâdî 1595) tarihine kadar şehzadeler Manisa sancağının idaresile meşgul olmuşlardır (s. 144-145). «Bizzat ordusunun başında bulunmıyan ve sefere iştirak etmiyen ilk Osmanlı hükümdarı» Sarı yahut İkinci Selimdir (s. 88). Profesör Uzunçarşılıya nazaran, bu kaidenin ilgası âmme hukukumuz bakımından büyük bir neticeye bâdi olmaktadır: Zira, böyle bir kadim kanunun ilgası bir inhitat alâmetidir. Aynı yolda yürüyen ehliyetsiz padişah III. Murad devresindedir ki «Devletin muazzam teşkilâtının bozulması» başlamaktadır, bizzat sefere iştirak etmiyen bu padişah, ordu başkumandanlığını Serdarı Ekrem ünvanile Veziri âzama bırakmış (s. 88), bu suretle köklü bir teamül ilga ve yerine yenisi ikame edilmiştir.

b) İlga edilen diğer kaidelerden biri de yine Sarı Selim zamanına tesadüf eder. Memleket bir hanedanın müşterek malı addedildikte, muhtelif kısımlarının idaresi ailenin erkek evlâtlarına ve mutemet kimselere tevdi edilmesi bir netice halinde istihraç edilebilir. Eski Türklerden müntakîl bu kaideyi ilk Osmanlı Hükümdarı Orhan Gazi tatbik etmiş ve «idaresi altındaki yerleri kardeşi, oğul ve silâh arkadaşı olan aşiret beğlerine vermişti. Meselâ büyük biraderi Gündüz beğe Karahisar ve Sultanönü (Eskişehir) mıntakasını, Aykut Alp'a İnönü, Hasan Alp'a Yarhisar, Turgud Alp'a İnegöl mıntakasını vermişti; daha sonra Osman beğe iltihak eden aşiret beğlerinden Konur Alp'a Bolu ve Düzce ve Akçakocaya adına mensup olan mıntakalar verilmişti» (s. 117). İşte bu kaide Kanunî ahdine değin idame edilmiş fakat, bu padişahın oğlu Sarı Selim zamanında esaslı tâdilâta maruz kalmıştır. Öyle ki «artık İkinci Selim devrinden itibaren yetişkin şehzadelerin Sancaklara çıkarılmaları usulü terkolunarak bunlardan yalnız büyük ve hükümdarlığa namzet şehzadeye Sancak verilmesi takarrür etmiş ve Manisa Sancağı veliahd Şehzade Sancağı olmuştur» (s. 120).

Bu kadarla da iktifa edilmemiş, «Üçüncü Mehmed zamanından itibaren büyük şehzadelerin sancağa çıkmaları kanunu tamamen kaldırılmış, fakat veliahd olan şehzadelere Anadolu'da ismen sancak verilip bunun bir vekil ile idare edilmesi gibi zavahiri muhafaza edici bir usul konmuştu» (s. 120).

Bu usulde daha da ileri gidilmiştir. Üçüncü bir safhada, Sultan İbrahim'in hal'ı ve oğlu Mehmedin hükümdar olması üzerine bu tarz da kaldırılmıştır (s. 120). Böylece büyük bir kaide ilga edilmekte idi. «On altıncı asır sonlarına kadar Sancak Beğliğinde ve valiliklerde bulunmuş olan şehzadelerin bu tarihten sonra vilâyetlere gönderilmeleri ve bu suretle bunların millet ve memleket hakkındaki vukufsuzlukları *Devlet idaresinde derhal tesirini göstermiştir*» (s. 120-121). Bundan böyle, kardeşlerini öldürmeyen IV. Mehmed 1063 senesinde (Milâdî 1652), bunları sarayda Şimşirlik kasrına kapatmış (s. 121) ve eski Türklerden gelen büyük kaide böylece sarayın loş odaları içinde yok edilmiştir.

Bu tarihten itibaren, artık Devlet idaresile meşgul veliahtlar değil, mahpus ve dejenere haleflere rastlanacak ve Osmanlı tahtına uzun korku ve mahpusiyet hayatı yaşamış, Hünkârın öldüğüne inanamıyan kimseler oturtulacaktır. Profesör Uzunçarşılı, eserin diğer bir kısmında bir mahpus veliahttan bahsetmektedir.

Korkunun büyük azabı içinde, kendisine saltanat nevbetinin geldiğini bildiren Dar-üssaâde ağasına müstakbel İkinci Süleyman şu sözlerle mukabele etmektedir: «İzalemiz emrolundu ise söyle ki iki rekât namaz kılayım, andan emri yerine getir; sabavetimden beri kırk yıldır hapis çekirim; hergün ölmektense bir gün evvel ölmek yektir, bir can için ne bu çektiğimiz korku» (s. 91).

Korku ve sükûtun dehşeti içinde yetişen bu hükümdar namzetleri tam mânasile birer mahpus idiler. Yukarıda, kâbuslarla dolu sözleri nakledilen II. Süleyman 40 sene mahpus kalmıştı (s. 98). Kardeşi II. Ahmedin mahpusiyet hayatı 44 senedir (s. 99). Onu takiben cülûs eden II. Mustafa 7 sene (s. 99) Şimşirlik kasrında mahpus kalmıştır.

Asırlarca tecrübe edilmiş bir kadim kanunun ilgası bu suretle, muhtelif müverrihlerin de ittifakile, Osmanlı idaresinin inhitatında mühim âmillerden sayılmaktadır.

3 — Osmanlı İmparatorluğunun ihdas ettiği teamül ve vazettiği orijinal kaidelerden bazıları:

Profesör Uzunçarşılı'nın eserinde bu tarz kaidelere de rastlamaktayız. Fakat biz bunların hepsini değil bir kısmını belirtmek istegindeyiz.

a) Hükümdarın tâbi bulunduğu saltanat kaideleri: Profesör Uzunçarşılı Osmanlılarda bir saltanat kanunu olmadığını söylemektedir (s. 45). İmparatorluğun son zamanlarına kadar hayli politik ihtilâflar uyandırmış olan Osmanlı tahtının halefiyet meselesi bu suretle bir kere daha tebarüz etmektedir.

İlk zamanlarda halefiyet seçime müstenit idi: Devlet işlerinde mü-

him rol sahibi Ahi'ler ile Devlet erkânı, Devlet Reisliğine yaşça, büyük veya küçük oğlu değil de, aile arasında en liyakatlisini getirmekte idiler. Orhan Gazi bu esasa göre seçilmişti (s. 45). Aynı kaide kardeşinden küçük olan Birinci Murad Bey, Yıldırım Bâyezid haklarında da tatbik edilmişti (s. 45). Hattâ, Fatih Sultan Mehmed dahi Kanunnamesinde saltanat makamı için yaş şartı aramamakla eski teamülü kabul etmiş ve Cem Sultanın Bâyezid'den küçük olmasına rağmen saltanat makamına geçmesini arzulamıştı. Bununla beraber «nizamı âlem için kardeşleri katletmek» prensibini vazettiğinden, ölen hükümdarın kardeşleri kalmamakta idi. İşte bu zaruret karşısında Osmanlı tahtı babadan oğula intikal etmiştir (s. 46-47). Bu usul I. Ahmedin cülûs tarihi olan 1012 (Milâdi 1603) tarihine kadar devam etmiştir. Fakat tahta çıkan hükümdar henüz on dört yaşındadır, vârisi yoktur, küçük kardeşi Mustafa ö'dürülmemiştir. Hükümdar ilk oğlu doğunca kardeşini boğdurtmak istemiş, Devlet erkânı kardeşi Mustafanın şuursuzluğunu ileri sürerek bir tehlike mevcut olmadığı hakkında hükümdarı temin etmeğe muvaffak olmuşlardır. I. Ahmed, 1617 de ölmüştür. Şehzadeleri henüz küçük olduklarından, kardeşi Mustafa tahta çıkarılmak istenmiştir, bu amûd-ı nesebî kaidesine ilk inhıraftı. Mustafa cinneti sebebiyle hal'edilmiş, yerine on beş yaşındaki II. Osman getirilmiştir. Hattâ, II. Osman amûd-ı nesebî kaidesinin tatbik edilmemiş olmasından ötürü Sadırazamı azil ve Şeyhülislâmı istiskal eylemiştir (s. 47).

I. Ahmedin ölümünden sonraki bu inhırafı Profesör Uzunçarşılı «Osmanlılarda hükümdarlığın aile içinde ekberine yani en yaşlısına intikali için ilk adım» addetmektedir, fakat bu kaide, Mustafanın hal'ı ve II. Osmanın cülûsu ile tatbik edilememiş yine amûd-ı nesebî kanununa dönmüştü. Bu bakımdan, bahis mevzuu inhırafın tatbik sahasına daha geç işal edildiği eserde belirtilmektedir (s. 48). II. yani Genç Osman hal'edilmiş, yerine tekrar Mustafa geçirilmiş, o da tekrar hal'edilmiş ve bu ikinci hal'den sonra II. Osmanın kardeşlerinden en büyüğü Sultan Mehmedin şehzadelerinden en yaşlısı IV. Murad, on bir buçuk yaşında hükümdar olmuştur. Fakat bu hükümdar, verdiği sözü tutmıyarak Bağdad seferini müteakip üç kardeşini öldürtmüş ve hayatta ana baba bir kardeşi Sultan İbrahim kalmıştır. İbrahimi kementten kurtaran annesi Kösem Sultanın fetaneti olmuştur. İbrahim hal'edilmiş, yerine yedi yaşındaki büyük oğlu IV. Mehmed geçirilmiştir. Bu hükümdar, kırk senelik saltanatı esnasında kardeşlerine dokunmamıştır.

İşte, saltanat kaidesinin bahis mevzuu inhırafı IV. Mehmedden itibaren tahakkuk etmiştir: Saltanat Osmanoğulları içinde yaşça en büyüğüne intikal etmiştir ve bu kanun Abdülmecid ve Abdülâzizin teşebbüslerine

rağmen inkıraza kadar devam etmiştir. Profesör Uzunçarşılı'nın da işaret ettiği veçhile, cülûs hatlarında görülen «bilirsi vel istihkak» kaydı bu sırayı ve bu sıraya uygunluğu (meşruiyet meselesini) ifadelendirmektedir (s. 49).

Böylece seçime müstenit halefiyet kanunu, irsiyete tahavvül etmiş ve irsiyet kanunu da evvelâ en yaşlı oğul, sonra da aile içinde en yaşlı erkek halefin hükümdar olmasını sağlamıştır. Profesör Uzunçarşılı'nın eseri bu kaideyi belirtmekle âmme hukukumuzu bilhassa alâkadar eden bir mevzuu aydınlatmış ve vesikalara müsteniden sarahatle açıklamış bulunmaktadır.

b) Osmanlı hükümdarının, bir padişah - halife olması dolayısıyla, bu sıfatlarına bağlı muhtelif teamüller de mevcuttur. Sözü geçen kaideler bilhassa cülûs keyfiyeti ile alâkalıdır: Cülûsun bütün memlekete ve muhtelif beğliklere bildirilmesi, padişah namına para bastırılması (s. 56, 57); namına mühür kazdırılması (s. 58), yeni padişahın cülûsunu takip eden bir kaç gün içinde sadırazama makamında ibkasını teyiden bazı nasihatleri de havî (âdeta saltanat programı mahiyetinde) bir hattı hümayun göndermesi (s. 58) bu meyandadır. Yine tahta cülûs dolayısıyla, dost ve hemcivar memleketlere birer elçi ile nâme gönderilmek kanundur. Sefir gitmiyen devletlerin sefirlerine de yeni hükümdarın tuğrasile nâmesi hümayun verilir ve bunlar da nâmeyi kendi hükümdarlarına gönderirlerdi (s. 295).

c) Padişahların zaptettikleri yerlerde, kendilerine teslim edilecek kale halkına ve müdafilerine dokunmıyacaklarına dair verdiği *Amanname*, Âmme ve Devletler Hukuku bakımlarından önem arzedebilir. Profesör İsmail Hakkı Uzunçarşılı bir *Amanname* örneği olarak Fatih'in İstanbulun zaptını müteakip Galata halkına verdiği *Amannameyi* (Haziran 1453) zikretmektedir (s. 62).

d) Padişahlara yanaşmak, padişah ile rical ve ulema arasındaki vasiyasız teması ve devlet işlerinin müzakeresini ifade etmektedir. Bu temas sefere veya diğer bir mahalle gidişte teşyi dilirken vaki olur ve «başta sadırazam olmak üzere ulema ve rical sıra ile at üzerinde padişahın yanına yanaşıp hem giderler ve hem de memleket işleri hakkında kendisile görüşürlerdi». *Padişaha yanaşmak* Fatih'in Kanunnamesine de geçmiş bir maddedir (s. 63-64). Profesör Uzunçarşılı bir yanaşmak misalini, 1612 senesinde I. Ahmedin Edirne seyahati esnasındaki merasim tafsilâtında vermektedir (s. 64).

e) Padişah, İstanbulda çıkan bir yangının söndürülmesi için, ameliye sonuna kadar yangın mahallinde kalır ve söndürme faaliyetini teşçi eder (s. 64-65).

f) Padişaha ve Divana bizzat istida takdimi, padişahın halk ile doğrudan doğruya teması bakımından mühim bir teamüldür. Eserin muhtelif kısımlarında bu teamülü müşahede etmekteyiz.

Padişah camie giderken, yolda kendisine takdim edilen arzihalleri sır kâtibi alır ve avdette kendisine okurdu (s. 326). Fakat bu arzihalleri bazan kethüdaların da aldıkları vakidir (s. 326 ve bu sayfada 5 No.lu not, 395). Ayrıca halkın Divana istida ve arzihal vermeleri de bir teamüldür ve bu istidaların Divana takdimine Çavuşbaşı delâlet eder (s. 413). Şu halde, padişah halkla cüz'î de olsa bir temas imkânına sahiptir.

g) Padişah gelirleri bilhassa muhtelif kaidelere bağlanmıştır (s. 77-78). Padişah «daimî ve zuhurata tâbi» olmak üzere iki çeşit gelire sahiptir. 1) Muhtelif şekillerde kira akdine de mevzu olabilen malikâneler, 2) Bostancı Başının saraya ait bostan ve bahçeler hasılatından her sene takdim ettiği hasılatı safiye (s. 470), 3) Baltaklarla orman gelirleri, 4) Voynuk denilen ve saray çayırlarının hizmetinde bulunan sınıftan alınan vergi, 5) Her sene cep harçlığı olarak padişahlara Mısırdan gönderilen varidat. Mısırdan bu hazine ile beraber gelen Mal-ı keşuffiye de cep harçlığı olarak İstanbul'a gönderilmektedir; 6) Padişahlar bazı mansıp ve beğlik tevcihleri dolayısıyla de muayyen bir gelire sahiptirler; 7) Devlet ricalinin her sene padişaha verdikleri hediyeler, 8) Tuğ caizeleri de Enderun hazinesine aittir (s. 78). 9) Bazı maadin varidatından padişaha takdim edilen kısım; 10) Muharebe ganimetlerinden gelen hisse; 11) Müsadereden alınan para, ki XVIII. asrın yarısından itibaren hayli kabarık yekûn tutmuştur.

h) Hazînei hümayunun Yavuz Sultan Selimin mührile mühürlenmesi, İmparatorluğun son zamanlarına kadar devam etmiş bir teamüldür (s. 79, Not 3). Yavuzun mefruz vasiyeti şöyle idi: «Benim altınla doldurduğum hazineyi ahlâfımdan her kim mangırla doldurursa hazine anın mührile mühürlensin ve illâ mührümle mühürlenmekte devam olunsun». Profesör Uzunçarşılı ayrıca mühür hakkında da açıklamalarda bulunmaktadır (s. 79, 319-320). Burada tam mânasile, nesilleri ilzam etmiş bir teamül misali bulmaktayız.

i) İç hazineden dış hazineye yardım: Dış veya maliye hazinesinde darlık olduğu zaman, iç hazineden ödünç para verilir, ve dış hazineye vüs'at gelince bu para hemen iade olunurdu (s. 320-321). Padişahların, eslâf hazinelerine dokunmadıkları onları mukaddes saydıkları meselesi henüz aydınlanmamış ve bir rivayet halinden kurtulamamıştır (s. 322).

j) Padişahların dahi riayetle mükellef buldukları kanunlardan bilhassa bahsetmek gerektir. Bunlar Yeni Sarayın taksimatına ait kaidelerdir. Biyrun, Enderûn ve Haremi Hümayun teşkilât ve kanunlarına, ter-

biye sistemi ve ıslahatlarına bizzat padişahlar da riayete mecbur tutulmuşlardır (s. 297). Bu kanun ve kaidelerin Çıkma'lar bakımından ehemmiyeti bilhassa zikre değer.

4 — *Muhtelif teamüllerin ilgasına dair misaller.*

Bu teamüller, sırf şekli ve sembolik de olsalar, Devlet mefhumunda büyük hisse sahibidirlər. Devleti vücuda getiren maddi ve mânevî unsurların ifadeleridirlər. Şu halde bunları ilga meselesi de ön plânda görülmelidir.

Bir teamül ilgası, Fatih Sultan Mehmede aittir. Nevbet vurulurken, Osman Gaziden itibaren Selçuk hükümdarına hürmeten ayağa kalkılırdı. Fatih, iki asır evvel ölmüş bir hükümdara ayağa kalkmanın doğru olmayacağı iddiasile bu teamülü lâğvetmiştir (s. 273).

Diğer bir ilga misali de II. Mahmuda aittir. Bu padişah Milâdi 1832 tarihinden itibaren telhis üzerine Hattı Hümayun yazmak usulünü kaldırmış ve kendisine takdim edilecek arizaların Mabeyin başkâtibi vasıtasile yapılmasını usul ittihaz etmiştir (s. 106).

V — *İmparatorluğun teokratik bünyesini belirten hâdiseler ve semboller:*

Teokratik bir saltanatın, bilhassa şu hususiyetleri kayda değer mahiyettedir: Hâkimiyetin Tanrıdan gelmesi, din ve devlet (ruhanî ve cismanî iktidarların) bir arada oluşu ve bu arada ruhanî iradenin beşerî ve cismaniye hâkimiyeti.

Prof. Uzunçarşılı'nın eserinde, Osmanlı İmparatorluğunun teokratik bünyesine ait bazı hususiyetlerin muhtelif teamül, tâbir ve hâdiselerde ifadelendirildiğini görmekteyiz.

a) *Padişah Halife ve Peygamber vekili olduğundan*, «daha fazla hürmete lâyıktır. Filhakika «padişahlara karşı gösterilen hürmetin sebeplerinden biri de Halife yani Peygamber vekili olmaları idi, bu hürmet anların şahıslarına değil makamlarına karşı olan rabıta icabı idi». Bununla beraber, Hilâfet, padişahlık salâhiyetlerini tahdit etmektedir. «Fakat bu mevkide hükümdarlıktaki geniş salâhiyeti olmayıp dinî kayıtlara tebaiyete mecburdu; dinî işler şer'î kanunlarla tahdit edilmişti» (s. 50).

Peygamberin vekili, ilâhî menşeli bir iktidarı istimal etmekte ve istimal keyfiyeti bu suretle dinî kayıtlarla tahdit edilmektedir. *

b) *Din ve Devlet ayrılmazlığı*, Sasanilerdenberi iki hemşire addedilen bu iki mefhum yazı ve konuşma istilahlarında da birlikte ve müşterektirlər. I. Ahmed ile ricali arasındaki umumi meselelerin konuşulması

şu terimlerle ifade ediliyor: «Ol mahalde fermanı şerif sudur etti ki Şeyhülislâm ve Vüzera ve Kuzat asker rikâbı hümayunlarına yanaşıp kanunu kadim üzere *mülk ve millet ve din ve devlete müteallik umur* müşaveresini edeler» (s. 64).

Din ve Devlet beraberliği muhtelif teamüllerde yine nazarı dikkati celbetmektedir: her Perşembe akşamı Yatsı namazından sonra odalarda padişahın sıhhat ve selâmeti için okunan dua aynı zamanda din ve devlet hainlerinin kahrolmasına da şamil idi (s. 331).

d) Diğer bir terim de orduyu temsil etmektedir. Yeniçeri ocağı ortadan kaldırıldıktan sonra (1826), teşkil edilen yeni talimli ocağa *Asakiri Mansurei Muhammediye* adı verilmiştir. Asker sadece devletin değil, aynı zamanda dinin hâdimi ve hâmisi addedilmekte (s. 331) idi.

e) Aynı durum muhtelif padişah imzalarında da müşahede edilmektedir (s. 292).

I. Ahmedin çeşitli imzalarında ruhanî kayıtlara tesadüf etmek mümkündür (s. 292):

— *Elmüeyyed bîteyîdillah-il-melik il mennan.*

Diğer bir imzası da şudur:

— *Elmütevekkil Alellâh-il-melik-il-müstean.*

IV. Muradın imzalarında bazı kısımlar kayda şayandır (s. 292):

— *Elmüeyyed-ül müsteîn billâh-il-melikideyyan ve Hâdimülharemeyn-il-muhteremeyn...*

— *Elmütevekkilü Alellâh-il-kerim-il mennân elmüfevedu emrühü ileyhi fiküllihâlin ve şan.*

f) Teokratik semboller Sancağı Şerif dolayısıyla bilhassa çoğalmakta ve ortaya çıkmaktadır. Sancağı Şerif bilhassa harp ve dahili kıyamlarda taraftar toplamak üzere sembol vazifesi görmektedir. Bu bapta bir hayli teamül doğmuştur.

Profesör Uzunçarşılı eserinde Sancağı Şerife geniş bir fasıl ayırmıştır (s. 248 ve müt.). Bu fasılda Sancağı Şerifin mihrak teşkil ettiği muhtelif teamüllere rastlamaktayız (s. 249-254, 259-260, 266, 374).

İlâhî kudret timsali Sancağı Şerif her sefere gönderilmektedir. Fakat Milâdî 1095 tarihinden itibaren Enderûnu Hümayunda alıkonulan *Alem-i saâdet*'in, seferde padişahlar, padişahlar bizzat iştirak etmedikleri takdirde Sadrıâzam ve Serdarı Ekremle beraber sefere götürülmesi âdet olmuştur (s. 249-250).

Sefer için Sancağı Şerif çıkarılması da ayrı bir merasimdir. Bu merasim esnasında müezzîn ve hafızlar Fetih ve Yâsin sûrelerini okurlardı (s. 251).

Bizzat padişahın Sancağı Şerifi teslimi de mühimdir. Milâdî 1683 tarihinde IV. Mehmed, Merzifonlu Kara Mustafa Paşaya, Belgradda Sancağı Şerifi teslim ederken şu sözleri söylemiştir: «*Sancağı Şerifi sana ve seni Allaha emanet ediyorum*» (s. 253-254). 1788 senesinde, Birinci Abdülhamidin Sancağı Şerifi teslimi merasimi de kayda değer mahiyettedir (s. 437).

Muharebe dolayısıyla Sadrıâzam esefere gidince Zülüflü Baltacılarından otuz nefer Livâi Saâdet altında Kur'anı Kerim okurlar (s. 437).

Sancağı Şerif ayrıca bilhassa dahili kıyamlarda, taraftar toplamak üzere kullanılmaktadır. Bu hususta üç muhtelif misal vardır. Misallerde görüleceği veçhile Sancağı Şerif dolayısıyla padişah, saray ve halk bir araya gelmekte, tek cephe teşkil etmektedirler. IV. Mehmedin hal'ini müteakip, Kapukulu ocaklarının tahammülfersa nümayişleri Sancağı Şerif altına davet edilen halk kütlesile bastırılmıştır. Bu durum 1651 senesindeki davete benzemektedir (s. 259).

Sancağı Şerifin son çıkarılması, Osmanlı İmparatorluğunun siyasi hayatında fevkalâde mühim bir hâdise yaratmış, Yeniçeri ocağı bu suretle ve bu yolla 1826 senesinde ortadan kaldırılmıştır (s. 259-260).

g) Teokratik karakteri muhafaza eden diğer üç teamülden de bahsetmek faydasız değildir.

Enderunda tuğu hümayunun hazırlandığına dair haber gelmesi üzerine yapılan merasimde hassa müezzinleri *Sûrei Fethi* okurlar (s. 266).

Padişahın sarığı ile abdest havluları yıkanırken, seferli koğuşu halkı hep bir ağızdan ilâhî söyler (s. 312).

Yine Bayram tebriklerinde, ilk tebrik Hünkâr İmamına aittir (s. 374).

Bütün bu misal ve teamüller bize din ve devletin, padişahdaki ilâhî menşeli iktidara tesahübün ve islâmî kaideleri lâik kaidelerden üstün tutmasının sembol ve delilleridir.

VI — Osmanlı İmparatorluğunda âmme hukukile ilgili diğer bazı durumlar:

a) *Güzide şahıs fıkdanı ve devlet personeline Türklerin azalması, Bizans teklidi:* :

Profesör Uzunçarşılıya göre, İmparatorluk itilâ devrine varmadan, Devlet personeline bir fıkdan ve buhran baş göstermiştir. Devşirmelerden gelme devlet idarecilerinin hükümdar ile rabıtalarda bir gevşeme başlamış ve bu Türk devlet ricalini iş başından uzaklaştırmağa müncer olmuştur. Sayın Profesör şu hususu bilhassa kaydetmektedir: «İstanbulun fethinden sonra Bizanslılardan rüşvet aldığı ileri sürülerek gözden düşü-

rülen Çandarlızade İkinci Halil Paşanın katlinden sonra pek az istisna ile Veziri Âzamlık, vezirlik, beğlerbeğlik vesaire Türklere karşı hemen tamamen kapanmış olup bu hizmetler devşirmeden yetişenlere verilmişti. İşte bundan sonra Fatih Sultan Mehmedin Bizanslıları takliden bir saltanat usulü kurduğu ve Türk aristokrasisinin yerine devşirmelerden müteşkil bir idare heyetinin kaim olduğu görülür» (s. 43-44).

Rical tereddisi ve devlet idare mekanizmasının Türk unsurlara kapanması aynı zamanda Bizans taklidi müesseseleri de, Prof. Uzunçarşılıya göre, Osmanlı âmme hukukuna ithal etmiş bulunmaktadır. Bununla beraber, Bizans tesir ve taklitlerini bu eserde görememekteyiz. Sayın Profesörün bunları da izah ve tesbit etmesi çok şayanı arzu bir keyfiyetti. Rical tereddisi, devşirme hâkimiyeti hakkındaki bu nokta bir çok müelliflerin daima nazarı dikkatini çekecek kadar önem arzemiştir.

b) *Hükümdarın hükümet heyetinden ve halktan uzaklaşması:*

Bir tereddidi sebebi addedilen bu vaziyet hakkında eser bize kısa da olsa değerli malûmat sunmaktadır. Fatih Mehmed zamanına kadar Divana bizzat padişah riyaset ederken, İkinci Mehmed bu usulü lâğvetmiş, Divan işlerinin Sadriâzamın riyaseti altında tedvirini ve içtimaî müteakip Arz Odasında müzakerat neticelerinin kendisine arzedilmesini kanun olarak vazetmiştir (s. 44).

Fakat, Prof. Uzunçarşılıya göre, Fatih ile başlayan teamül ilga ve ihdasları, zamanla ziyadeleşmiş ve «Osmanlı padişahları halktan bir dereceye kadar uzaklaşmışlardır» (s. 44). Bununla beraber, İkinci Selime kadar devlet idaresile alâkaları kesilmemiş ve hükümet işlerine bilvasıta müdahalelerini idame ettirmişlerdir. Bu bakımadın İkinci Selim bir dönüm noktasıdır, zira anı takip eden hükümdarlar, pek az istisna ile, devlet ve hükümet işlerine âdeta yabancı kalmışlardır. Prof. Uzunçarşılıya nazaran, güzide ve rical fıkdanı imparatorluğu nasıl Bizans tesir dairesine sokmuşsa, hükümdarların devlet işleriyle ademi iştigalleri bütün memlekete, eyalet idarelerine kadar tesir etmiş ve Osmanlı İmparatorluğu «Abbasî İmparatorluğu gibi kapalı ve şuursuz sönük bir saltanat» a inkılâp etmiştir (s. 44).

Üçüncü Selimin hattı hümayunlarını tetkik edenler bu esasların ne derece doğru olduğunu idrak hususunda hiç bir müşkülâta maruz kalmıyacaklardır. Şu halde «padişah icrayı saltanat eder hükümet etmez» demek lâzım mıdır? Eserde bu sorunun cevabı henüz bulunamamaktadır.

c) *Osmanlılarda saltanat usulü yokluğu:*

Teamüller bahsinde bildirilen bu durum (bk. s. 00) her halde, müstakar bir idare vasıflarından mahrumdu. Bir çok imparatorlukların müş-

terek zaafı, halefiyet kaidelerindeki istikrarsızlık Osmanlı İmparatorluğunu ne dereceye kadar sarsmıştır? Bu öyle bir meseledir ki, cevabı uzun bir tetkiki icap ettirmektedir. Âmme hukukçusunun bu hususta isabetli ve mukayeseli neticelere varması için, tarihçinin daha fazla hâdise ve vesika vermesi lâzımdır. Bilhassa hükümdarın seçimi hakkındaki malûmatın daha fazla olması lâzımdır.

d) *Osmanlı İmparatorluk formülü:*

Bir veçhesile devlet, tahakkuk ettirilmesi istenen fikirler halinde gözükmetedir. Bu bakımdan muayyen bir fikri terkip halindedir. Bir devlet veya bir imparatorluk formülünden kastedilen mâna da budur. Bilfarz bu mânada Roma formülü, Roma - Cermen, Frank, Britanya formüllerinden bahsedilebilir. Ve yine Britanya İmparatorluğunun zamanla nasıl Commonwealth sistemine varmış olduğu ve bunun başında nasıl olup da 1066 tarihindeki, hattâ daha da evvelki Dindar Edward kanun ve imtiyazlarını muhafaza eden ve bir *sole* korporasyon addolunan kralı bulundurduğu fevkalâde meraklı bir âmme hukuku dramıdır. Acaba Osmanlı İmparatorluğu bu formülü bulabildi mi? Profesör Uzunçarşılı'nın eserinde böyle bir hâdise bahis mevzuu değildir. Her halde sayın Profesör bu tetkiki âmme hukukçularına ve hukuk tarihçilerine bırakmış olsa gerek... Bununla beraber âmme hukukçusu da, hukuk tarihçisi de böyle bir karara varabilmek sadedinde daha fazla tarihi hâdise ve vesikaya muhtaç bulunmaktadırlar. Tarihçilerimizin doğrudan doğruya devlet probleminin ve müessesesinin tarihi ile iştigal etmemeleri, Osmanlı âmme hukuku üzerindeki çalışmaları muhakkak ki zorlaştırmaktadır.

e) *Padişahların idarelerine hâkim olan bazı prensipler:*

Profesör Uzunçarşılı'nın eserinde biz, muhtelif padişahların şahsiyetleri tetkik edilirken bir çok ana fikirlerin saltanatlarına nüfuz ettiğini ve muhtelif vasıtalarla bunların tahakkukunu istediklerini görmekteyiz. Bu fikrin başında *reaya himayesi ve adalet* gelmektedir.

Bir çok padişahlar bu hususta direktifler vermektedirler, I. Ahmedin Adaletname başlıklı fermanı bu bakımdan malûmdur (s. 94). IV. (Avcı) Mehmed valilere kürk giydirir iken «reayaya âdilâne muamele etmelerini tavsiye eder ve zalim valileri aman vermeden öldürtürdü» (s. 97). Büyük ıslahat âşığı III. Mustafa hakkında sayın tarihçi şu durumu belirtmektedir: «Devlet şillerini takip eder, kendisine arzedilen telhis ve takrirlere cevap yazar ve direktif verirdi. Kendi emri mahkeme huzurunda âdil ve hakka münafi ise emrini geri alır, şer'i kanunlara hürmet gösterirdi» (s. 102-103).

IV. Mehmedin bir Sancak Beğliği tevcihi fermanında şu satırlar da okunmaktadır: «... Bir saat tehir ve tevakkuf etmeyip livai mezbura sen mutasarrıf olup zaptü rapta ve reaya ve berayanın himayet ve sıyanetinde... mukayyet olasın» (s. 329, Not 3).

Padişahın vazifelerinden biri de def'i mezalimdir. Adaletin aksi olan bu durumdan, kadim an'ane ile nefret edilir ve her vesikada vaziyet belirtilirdi. Nitekim, Fetihnamelerin istinat ettiği on beş rükünden üçüncüsünde: Def'i mezalimin padişah boynuna borç olduğu bilhassa kaydedilmektedir (s. 288).

Seferlerde, harp ve hücumların meşru esaslara istinat etmeleri de, Serdarı Ekremlikle hareket eden Veziri âzamanın bütün ahitnameleri beraberinde götürmesile tebarüz etmektedir (s. 290).

Ahde vefa prensibi de hükûmet işlerinde padişahın riayet edeceği ah-lâkî bir esastır. Ahitnamelerin metnine hâkim yedi erkândan meselâ altıncısı bu hususu ifade etmektedir (s. 289).

Profesör Uzunçarşılı'nın eserinde mühim bir bahsi de muhakkak ki, Osmanlı Devletinin idareci ve asker elemanlar yetiştirmesine hâkim olan usuller teşkil etmektedir (s. 298, 299, 333). Bu aynı zamanda İmparatorluğun siyasî ve askerî personel meselesidir.

Profesör Uzunçarşılı eserinde, âmme hukukumuz ve hukuk tarihimize bu derece aydınlatıcı malûmat temin ettikten sonra, sayın tarihçi, Osmanlı Devleti hakkında fevkalâde mühim bir neticeye varmaktadır. Şöyle ki: «... XVIII. asırdan itibaren esaslı surette sarsıntıya uğramasına rağmen Osmanlı İmparatorluğu... bunu karşılamak için teşkilâtında değişiklik yapmamış ve eski an'anesini yürütmekte devam etmiştir. Bundan dolayı bu devletin bütün teşkilâtı pek az istisna ile XIX. asrın ilk yarısına kadar hemen hemen — o da bozuk düzen olarak — aynen devam eylemiştir» (s. 513).

«Osmanlı Devletinin Saray Teşkilâtı» âmme hukukumuz ve hukuk tarihimizin inkişaf seyri üzerine ışık serpmekte ve bir çok meselelerin halline yardım etmektedir. Muhterem Profesörün eserini bu hassasiyetle karşılayarak kendisini tebrik ederken eserin ikinci kısmını da sabırsızlıkla beklediğimizi bildirmek isteriz.

T. Z. T.